Direito:

Da Precedência à Revolução 2

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Atena
Editora
Ano 2021

Direito:
Da Precedência à Revolução 2
Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)
Atena
Editora
Ano 2021

Editora Chefe
Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Assistentes Editoriais
Natalia Oliveira
Bruno Oliveira
Flávia Roberta Barão
Bibliotecária
Janaina Ramos
Projeto Gráfico e Diagramação
Natália Sandrini de Azevedo
Camila Alves de Cremo
Luiza Alves Batista
Maria Alice Pinheiro
Imagens da Capa
Shutterstock
Edição de Arte
Luiza Alves Batista
Revisão
Os Autores

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Ano 2021

Atena
Editora

Ano 2021

Direito: da precedência à revolução 2

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Bibliotecária: Janaina Ramos
Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Flávia Roberta Barão
Edição de Arte: Luiza Alves Batista
Revisão: Os Autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito: da precedência à revolução 2 / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-5706-929-5
DOI 10.22533/at.ed.295212903

1. Direito. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa.

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Ano 2021

APRESENTAÇÃO

Em **DIREITO: DA PRECEDÊNCIA À REVOLUÇÃO 2**, coletânea de dezenove capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, nesse volume, três grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direito civil, arbitragem, direito das famílias e processual civil; estudos econômicos; e outras temáticas.

Estudos em direito civil, arbitragem, direito das famílias e processual civil traz análises sobre dano moral, direito ao próprio corpo, adoção de estrangeiro, contrato de namoro e união estável, sentença arbitral, princípio da responsabilidade, alienação parental, guarda compartilhada, filiação socioafetiva, multiparentalidade, processo e celeridade.

Em estudos econômicos são verificadas contribuições que versam sobre interpretação de contratos segundo a CISG e a regulamentação de criptoativos.

Outras temáticas aborda questões como administração pública, pandemia, proteção de dados, crise da alimentação, saúde, gravidez e interrupção, políticas públicas e procedimento de laqueadura.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

A VALORAÇÃO DO DANO MORAL NO IRDR 040/2016

Data de aceite: 25/03/2021
Data de submissão: 16/02/2021

Aline Zanetti Pinotti
UNESC – Centro Universitário do Norte do Espírito Santo
Colatina-ES
http://lattes.cnpq.br/5996803326462230

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a fixação do quantum indenizatório no IRDR 040/2016 que julgou as demandas repetitivas envolvendo os pleitos de danos morais face as empresas Samarco Mineração S/A, Vale S/A e BHP Billiton Brasil, oriundos da interrupção do abastecimento de água na cidade espírito-santenses banhadas pelo rio Doce, após o rompimento da barragem de Fundão-MG. É posto em pauta se o instituto jurídico utilizado é via apta para a fixação do montante indenizatório, ou se tal juízo deve ser realizado exclusivamente por ação individual. Em conseguinte, analisa-se a possibilidade de os juízes de piso (vinculados ao julgamento proferido em sede do Incidente de Resolução), deferirem o pagamento de quantia diversa a título de reparação de danos.
PALAVRAS-CHAVE: Dano moral, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Samarco, Rompimento da barragem de Fundão, Fixação do dano moral.

THE VALUATION OF PAIN AND SUFFERING ON IRDR 040/2016

ABSTRACT: The present work debates about the indemnity quantum in the Repetitive Claims Resolution Incident 040/2016, which judged the repetitive claims involving the demands of pain and suffering against the companies Samarco Mineração S/A, Vale S/A and BHP Billiton Brasil, arising from the interruption of the water supply in the cities located in the state of Espírito Santo that are crossed by the Doce river, after the rupture of the Fundão's city dam. It is discussed whether the legal institute used is suitable for setting the indemnity amount, whereas that judgment must happen exclusively on the individual actions. Consequently, it is also considered if the judges of the Civil Courts (who are bound to the merit decided in the Resolution Incident) can grant a different indemnity amount in answer to the alleged pain and suffering required in those individual claims.
KEYWORDS: Pain and suffering, Repetitive Claims Resolution Incident, Samarco, Rupture of Fundão's dam, Indemnity fixation.

1 I INTRODUÇÃO

Em suma, será feita uma abordagem ao IRDR 04/2016, o qual fixou o quantum indenizatório para os pleitos de danos morais devido à interrupção do abastecimento de água decorrente do rompimento da barragem de Fundão-MG.

O IRDR 040/2016 fixou a tese a ser aplicada nas inúmeras demandas opostas à

mineradora Samarco após o derramamento de rejeitos no leito do rio Doce, causando a interrupção do abastecimento de água potável das cidades por ele banhadas, durante quase uma semana em novembro do ano de 2015. Durante o julgamento, a Turma Recursal dos Juizados Especiais, além de entender pela ocorrência de danos morais face a população local, também fixou o quantum indenizatório a ser pago pela interessada passiva a cada um dos moradores.

O que se persegue no presente artigo é demonstrar se esta uniformização da verba indenizatória seria, de fato, adequada, tendo em vista a diversidade populacional atingida. Bem como se o instituto de resolução de demandas repetitivas é compatível com a fixação de valores a título de reparação de danos.

A fim de melhor investigar o instituto foram realizadas pesquisas bibliográficas e de estudo de casos, conforme se notará nas referências abaixo. De modo especial do caso SAMARCO, o qual deu origem ao Incidente de resolução objeto deste artigo, mas também de lides semelhantes que já foram apreciadas pelo poder judiciário, transitando em julgado.

A presente pesquisa afeta diretamente aos moradores que residem nas cidades abastecidas pelo Rio Doce, as quais foram os demandantes de ações individuais que culminaram na suscitação do IRDR 040. Isto porque seu julgamento determinou o que todos os litigantes receberam das instituições componentes do polo passivo (Samarco Mineração S/A, Vale S/A e BHP Bilinton Brasil) a título de danos morais. É importante entender se é possível fixar um valor indenizatório em sede de demandas coletivas, para fins de evitar prejuízos à população, advindos da padronização da reparação pecuniária.

2 I FIXAÇÃO DE QUANTUM INDENIZATÓRIO NO IRDR

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, foi uma das inovações do Código de Processo Civil de 2015. Ele está inserido no que o professor Fredie Didier (2018) chama de microssistema de casos repetitivos. Este microssistema é composto tanto por normas contidas no Código de Processo Civil de 2015 quanto por normas contidas na Consolidação das Leis Trabalhistas após as alterações inseridas pela Lei 13.015/2014 e consiste em três institutos: Os Recursos Especiais, os Recursos Ordinários e os Incidentes de Resolução das Demandas Repetitivas.

O mesmo autor afirma que o julgamento de casos repetitivos possui natureza híbrida, ao passo que serve para gerir e julgar o mérito dos processos repetitivos, mas também para formar precedentes obrigatórios. Nesta toada, o IRDR pertenceria a dois microssistemas que se interligam, porém se distinguem entre si (DIDIER, 2018).

De forma mais específica, ensina Gonçalves (2017), que o IRDR objetiva conferir segurança jurídica às decisões judiciais, assegurando um julgamento único da controvérsia em pauta, que vincule todas as demais ações em curso as quais versem sobre o mesmo objeto.

Tal medida também visa diminuir o volume de recursos às instancias superiores, através da padronização dos processos que versem sobre as mesmas questões fáticas ou processuais. Pois, como já protestava Guilherme Amaral, o volume milionário de processos (somadas as causas repetitivas) gerou grande morosidade para sua condução, haja vista o número limitado de juízes e servidores (AMARAL, 2011).

Segundo relatório anual produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, no final de 2018, o Brasil alcançou a marca de 78,6 milhões de processos judiciais em trâmite nos tribunais. Neste cenário, não é raro o surgimento das chamadas "demandas de massa", podendo compreender tanto direitos homogêneos, relativos a pretensões isomórficas, quanto heterogêneos, que se referem a questões comuns repetidas em processos cujas pretensões são diferenciadas (TEMER, 2018).

Assim, pode-se dizer que o cabimento do IRDR surge a partir da multiplicação de um mesmo ponto controvertido em distintas ações em trânsito. Ao citar Kazuo Watanabe (2011), Sofia Temer lembra que esta origem comum não significa, exclusivamente, um fato ocorrido; pelo contrário, parte da doutrina entende que ela pode ser apenas jurídica, equivalendo à afinidade de questões por um mesmo ponto, seja de fato ou de direito.

Exemplifica tal fato o julgamento do IRDR 0004491-96.2016.4.02.0000, que tramitou perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o qual definiu a competência da Justiça Federal para processar e julgar execuções fiscais propostas por entes federais a partir de 13 de novembro de 2014, data da vigência do artigo 75 da Lei 13.043/14. Ou seja, os pontos controvertidos a serem objeto de Incidente podem ser questões meramente processuais, desde que cumpram os requisitos dos incisos I e II do art. 976 do Código de Processo Civil: "efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito" e "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica" (BRASIL, 2017).

Por tutelar os direitos da coletividade, o IRDR muito se assemelha às ações coletivas. No entanto, conforme demonstrará a tabela 1, ambos os institutos são estruturalmente diferentes e suas aplicações não se confundem.

O processamento desta última está voltado à produção de coisa julgada, ou seja, uma única decisão imutável a qual possui aplicabilidade *erga omnes*. Já o primeiro visa tão somente a confecção de um precedente que vincule o julgamento do mérito de todas as demandas individuais interpostas, evitando que uma mesma questão seja resolvida de formas distintas (DIDIER, 2018).

	Ação Coletiva	Julgamentos de casos repetitivos
Legitimidade	Art. 5º da Lei n. 7.347/1985: entes públicos, associações civis, Ministério Público, Defensoria Pública etc.	Artigo 976, CPC: parte em processo em que se discuta a questão repetitiva, órgão julgador, Ministério Púbico e Defensoria Pública
Objeto	Questões de direito coletivo material, ressalvadas aquelas previstas no art. 1º, par. ún., Lei n. 7.347/1985	Qualquer questão de direito coletivo material ou processual, sem restrições
Resultado	Coisa julgada coletiva	Julgamento de processos pendentes e formação de precedente obrigatório

Tabela 1 – Diferença entre Ação Coletiva e Julgamento de Casos Repetitivos

Fonte: Curso de Direito Processual Civil – Vol. 3, 2018, p. 686

Insta salientar que a instauração do incidente não se impõe a seus legitimados. A bem da verdade, a maioria dos problemas de massa são solucionados subjetivamente, por meio da interposição de inúmeras demandas individuais acerca do mesmo tema. Assim, é comum que uma determinada situação atinja de uma só vez uma quantidade exagerada de pessoas, as quais passam a acionar a justiça pleiteando seus direitos. Essas demandas em massa ou causas repetitivas são identificadas por veicularem casos judiciais que resultem de atividades reiteradas, sejam realizadas pela iniciativa pública ou privada (DIDIER e CUNHA, 2018, p. 683).

Outrossim, nem toda matéria é apta a suscitar a instauração do incidente. Para tanto, é preciso que estejam presentes os pré-requisitos previstos no artigo 976 do CPC, quais sejam: a repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão, unicamente de direito, e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (BRASIL, 2017).

Apesar de a resolução do IRDR resultar na formação de precedentes obrigatórios, é importante dizer que o artigo 985 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2017) não dá força vinculante ao acórdão de forma integral; pelo contrário, dispõe expressamente que somente a tese jurídica nele constante será aplicada aos demais processos que versem sobre a mesma matéria.

No entanto, é possível que no julgamento do IRDR sejam debatidas questões periféricas, que extrapolem o seu objeto. Para Sofia Temer (2018), é possível decompor o acórdão em duas partes, uma que diz respeito aos fundamentos que culminaram na fixação da tese julgada e outra que compreende as demais questões marginais e não diretamente relacionadas ao objeto do Incidente.

Conforme leciona Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017), uma vez admitido, o incidente deverá ser julgado no prazo de um ano e o relator determinará a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem na mesma região, envolvendo a mesma questão jurídica. E continua: “o julgamento do incidente caberá ao

órgão indicado pelo regimento interno dos tribunais" (GONÇALVES, 2017, p 875).

Ao final da demanda, o órgão julgador fixará, por meio de precedente, o entendimento a ser aplicado nas demais ações. Ocorre que, configurado o precedente obrigatório, seja no incidente de assunção de competência ou no julgamento de casos repetitivos, os juízes e tribunais ficam a eles vinculados, inclusive proferindo julgamento de improcedência liminar, na forma do artigo 332, II e III do Código de Processo Civil (BRASIL, 2017)

É dispensada, assim, a remessa necessária do artigo 496, §4º, II e III do Código de Processo Civil, autorizando a tutela provisória de evidência (artigo 311, II do Código de Processo Civil) e conferindo ao seu relator o poder de decidir monocraticamente (artigo 932, IV, b e c, V, b e c; artigo 955, parágrafo único, II, ambos do Código de Processo Civil) (DIDIER e CUNHA, 2018, p. 691).

Até a presente data, a doutrina pátria ainda discute a possibilidade de aplicação do precedente obrigatório resultante do IRDR aos Juizados Especiais. No entanto, o Enunciado 21 da ENFAM orientou que o incidente é passível de suscitação com base em demandas repetitivas em curso nos JEC. Para além disso, o Enunciado 44 acrescenta que o IRDR é admitido nos Juizados Especiais e deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema (GONÇALVES, 2017, p. 875).

Nesta toada, há de se refletir acerca da possibilidade de apreciação de causas que versam sobre danos morais em sede de Incidente de Resolução. Isto pois o direito brasileiro admite o dano moral presumido apenas como exceção. Via de regra, por força do artigo 373 do CPC, a parte Autora fica incumbida do ônus de comprovar o rompimento de sua *aponia*[1], o que implica num certo nível de individualização da demanda (BRASIL, 2017).

Não obstante, o STJ possui tese consolidada desde 2019 no sentido de que o dano moral coletivo, categoria autônoma de dano relacionado à violação injusta e intolerável de valores fundamentais da coletividade, é aferível *in re ipsa*; podendo-se concluir, assim, que é passível de julgamento por IRDR (STJ, 2019).

Todavia, não só porque um dano moral coletivo foi reconhecido em sede de incidente de resolução que o valor da monta reparatória também será. Pelo contrário, a função precípua do incidente não é a solução dos casos concretos, mas sim a fixação de teses sobre questões de direito material ou processual, se enquadrem como preliminares, prejudiciais ou principais nos casos concretos (TEMER, 2018, p.219).

Assim, antes de abordar o caso concreto, é imperioso estabelecer algumas premissas acerca da apreciação dos danos morais. Antônio Jeová dos Santos (2019) expõe o que para ele é o grande problema dos tempos hodiernos: salvo o labor dos Tribunais e de alguns poucos doutrinadores, não tem existido muito interesse em encontrar-se soluções justas para essa questão. Por isso, um dos maiores desafios do jurista, neste início do

1 Segundo a obra Dano Moral Indenizável, *aponia* é um termo utilizado pelos gregos que significa completa ausência de sofrimento.

Século XXI, é encontrar pautas que mostrem a forma a que se deve chegar para quantificar o dano moral.

3 I DISCUSSÃO

Em 2011, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça divulgou nas publicações do projeto "Pensando o Direito", um estudo sobre a possibilidade de tarifação dos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa concluiu que a estimação dos danos morais, mais do que dos danos patrimoniais, depende das circunstâncias individuais de cada caso.

Em particular, a tarifação enfrenta dificuldades práticas com relação a: existência concomitante de mais de um dano moral; variações em idade e expectativa de vida das vítimas e surgimento de novas circunstâncias, bem como novos danos, antes não reconhecidos. Assim, pode-se abstrair que a quantificação do dano moral deve levar também em consideração critérios subjetivos como a idade da vítima e sua saúde financeira, o que, no caso concreto, dificulta sua vinculação *erga omnes* (BRASIL, 2011).

Pensando nisso, o STJ, durante o julgamento do REsp. 1.152.54, consolidou o método bifásico para a fixação das indenizações por danos extrapatrimoniais. Como o próprio nome já diz, ele consiste em duas fases: na primeira, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz (STJ, 2011).

Assim, nada obsta que no acórdão sejam esposados todos os fundamentos para a fixação do dano extrapatrimonial sujeito a julgamento; pelo contrário, o §2º do artigo 984 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2017) dispõe expressamente que deverão constar na ementa todos os fundamentos relativos à questão jurídica apresentada, independente de serem contrários ou favoráveis à tese fixada (TEMER, 2018).

No entanto, as circunstâncias do caso e outros elementos que estão inseridos na segunda etapa do método bifásico do STJ, os quais são passíveis de serem apreciados somente em esfera individual, deverão ser submetidos a julgamento através de ações independentes. Isso porque a mudança nas condições consideradas essenciais para a conclusão (tanto da categoria fática como dos fundamentos jurídicos) determinará a perda de estabilização e expansão da própria solução final (TEMER, 2018).

Ao defender a possibilidade de os patronos das partes dos processos que estão suspensos por força do IRDR liderarem os debates do artigo 984, II, do Código de Processo Civil, em detrimento do autor e do réu daquela ação específica, Sofia Temer (2018) argumenta que "não havendo defesa direta de direito subjetivo, o critério que deve nortear a escolha dos líderes deve ser objetivo: aqueles que melhor conduzam o debate,

apresentando tantas perspectivas argumentativas quantas foram possíveis".

Portanto, e com fundamento no mesmo artigo 984, II do Código de Processo Civil (BRASIL, 2017), ante a possibilidade de defesa das pretensões exordiais dos litigantes do processo em pauta e também das partes dos processos que se encontram suspensos; não há de se defender que o mérito específico (subjetivo) da causa integre a tese jurídica vinculante e deva ser aplicado aos demais processos semelhantes. Até porque a segurança jurídica advinda da fixação da tese não pode representar um obstáculo intransponível para sua superação ou revisão (TEMER, 2018).

Noutra banda, o IRDR está submetido ao sistema de causa piloto. Conforme ensina o professor Fredie Didier (2018), há dois tipos de sistemas de resolução. O primeiro, da causa piloto, consiste na escolha de um caso "piloto" para ser julgado, fixando uma tese a ser seguida nos demais. O segundo, da causa modelo, independe do julgamento de um caso concreto, é instaurado o incidente apenas para a fixação da tese.

Nestes termos, para além de proferir a decisão vinculante, devidamente instruída com a fundamentação exigida pelo artigo 984, §2º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2017), o órgão colegiado também fica incumbido de confeccionar o dispositivo da decisão que julgará o mérito do processo piloto, que originou como uma ação individual.

Por isso, Sofia Temer (2018) já disse que, haja vista questões culturais e pragmáticas, é provável que o temo "tese jurídica" do supramencionado artigo 985 venha a ser adotado como sinônimo da conclusão, como um título que resume um debate. Desta forma, não é difícil na interpretação do acórdão, confundir o julgamento da causa piloto, em outras palavras, da ação individual; com a fixação da tese vinculante.

No caso do IRDR 040, de acordo com reportagem publicada pelo jornal eletrônico G1, somente até meados de 2016, mais de treze mil ações foram movidas contra a empresa Samarco S/A pleiteando a reparação de danos devido ao desastre de Mariana-MG (G1, 2016).

Como consequência, a Turma Estadual de Uniformização de Jurisprudência do Sistema de Juizados Especiais do Estado do Espírito Santo, presidida pelo desembargador Ney Batista Coutinho, decidiu pela responsabilidade objetiva da interessada passiva Samarco e pela incidência de danos a terceiros, fixando o valor do dano moral em R$ 1.000,00 (um mil reais). Vamos à ementa:

> EMENTA: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – 040/2016. [...]. INTERRUPÇÃO ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE REJEITOS DE [...] DANO MORAL CONFIGURADO. FIXAÇÃO DANO MORAL EM R$ 1.000,00 (UM MIL REAIS) PARA TODAS AS AÇÕES. [...] Ações visam à reparação civil decorrente de ato ilícito praticado pela empresa SAMARCO MINERAÇÃO S/A, tendo como causa de pedir os danos advindos da falha na prestação de serviços, que resultou no rompimento de barragens de rejeitos de Fundão no Estado de Minas Gerais, [...] Cada munícipe lesado tem o direito constitucional de ser integralmente reparado na sua esfera individual pelos danos sofridos,

desde que morador da área afetada. Danos Morais fixados pela falta de abastecimento de água em R$ 1.000,00 (um mil reais), na forma individual, para todas as ações ajuizadas. [...] Colégio Recursal dos Juizados Especiais.

Como já dito anteriormente, de acordo com o método adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a quantificação do *quantum* indenizatório deve observar, também, as circunstâncias do fato (STJ, 2011). Em suas razões, o relator do caso justificou o valor atribuído por considerar que os municípios abastecidos pela água do rio Doce não chegaram a ficar cinco dias sem o serviço das concessionárias (G1, 2017).

Há de se refletir que, no momento do proferimento dos votos, os julgadores tinham em mente as circunstâncias fáticas do autor do processo piloto. Porém, para fins de cumprir a segunda etapa do método bifásico de valoração do dano criado pelo STJ, deve-se apreciar, individualmente, os fatos particulares de cada demanda, pois eles compõem as circunstâncias do caso.

É o que ensina o magistrado Antônio Jeová dos Santos ao alertar que "em um sistema que propugne pelo ressarcimento integra, jamais será possível considerar danos iguais em suas consequências e extensão, para efeitos de encontrar-se a quantia justa para minorar o mal causado à vítima" (SANTOS, 2019, p. 173)

A bem da verdade, não se convém determinar quantia que servirão como ressarcimento de modo inflexível. Isto gera uma ausência de Justiça e equitatividade porque, em situações dessemelhantes, a solução será idêntica, o que, por si só, implica no rompimento de um pilar do direito civil: atribuir a cada um o que é seu (SANTOS, 2019).

Tanto é que a Terceira Câmara Cível do TJES, na oportunidade do julgamento de apelações de diversos processos cujos autores foram menores (crianças), fixou o quantum indenizatório em R$2.000,00 (dois mil reais), ou seja, o dobro do determinado no IRDR. É o que se vê:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RUPTURA DE BARRAGEM DE REJEITOS DE MINÉRIO. REPERCUSSÕES DELETÉRIAS SOBRE O RIO DOCE. INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL NA CIDADE DE COLATINA. DANO MORAL INDIVIDUAL INDENIZÁVEL. MENOR. PRESUMÍVEL PERTURBAÇÃO DA ROTINA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÕES PELA SAMARCO EM ÂMBITO EXTRAJUDICIAL. FUNDAÇÃO RENOVA. NECESSÁRIA MODICIDADE NA FIXAÇÃO DA CIFRA INDENIZATÓRIA DIANTE DAS PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. [...] 5) Recurso provido, para fixar indenização por danos morais em proveito da menor em R$ 2.000,00 (dois mil reais), sobre os quais incidirão juros de mora desde a data do evento danoso (15 de novembro de 2015, cf. súmula nº 54, do STJ, e art. 398, do CC/02), e correção monetária a partir deste arbitramento (súmula nº 362, do STJ). (Ap. nº 0005761-15.2016.8.08.0014, TJES, Relator Des. Eliana Junqueira Munhos Ferreira, julgado e lido em 26/06/2018)

No entanto, não é possível olvidar que a fixação de um quantum indenizatório a ser deferido em todas as ações era objetivada desde o início do IRDR. É o que consta na

ementa do julgado supracitado.

Entretanto, fixar um valor monetário para a reparação de danos de mais de treze mil munícipes que ingressaram com pleitos distintos face as empresas requeridas, importa na tarifação do dano moral. Para Antônio Jeová dos Santos (2019), tarifar é não é a melhor solução apresentável, pois determinar um piso mínimo e um teto máximo para o pagamento de determinadas infrações, adstringindo o julgador àqueles valores, importaria na transferência do prudente arbítrio do juiz.

4 | CONCLUSÃO

Diante o exposto, conclui-se que a fixação do *quantum* indenizatório no IRDR 040/2016 a pesar de ser parte integrante do acórdão, em consonância com o que diz o outrora citado §2º do artigo 984 do CPC, fica impedida de integrar a tese jurídica vinculante, uma vez que se trata de decisão voltada para a realidade fática do processo piloto.

Caso contrário, estaríamos diante da utilização do Incidente de Resolução de demandas Repetitivas como forma de sopesar o direito subjetivo das partes, o que seria totalmente incompatível com a natureza do microssistema de casos repetitivos. É importante ter em mente que, apesar do incidente de resolução prestar para a deliberação de matérias unicamente de direito, conforme o supramencionado artigo 976, I, CPC; o julgamento não pode ignorar as questões fáticas a ele atinentes (TEMER, 2018).

Cabe ao órgão colegiado confeccionar a tese vinculante no que se refere à controvérsia do direito e ao juiz de piso valorar a indenização conforme pedirem as circunstâncias da lide. Como bem diz Sofia Temer (2018), no incidente, a decisão não visa ao julgamento do conflito subjetivo e não gera norma relativa ao caso concreto, mas apenas a norma geral. De modo que não é possível extrair, no IRDR, o discurso do caso concreto, mas apenas o discurso do caso precedente.

Aqui cabe ressaltar que o microssistema dos casos busca a isonomia e não a igualdade ampla e irrestrita. Desde a entrada em vigor da constituição federal de 88 o ordenamento jurídico pátrio admite o tratamento desigual aos desiguais, nos limites de suas desigualdades. A bem da verdade, em um sistema que prima pelo ressarcimento integral, é inadmissível considerar danos iguais em suas consequências e extensão, para efeitos de encontrar-se a quantia justa para reparar a dor e o sofrimento suportados pela vítima (SANTOS, 2019).

Nesta toada, não deve haver óbice àqueles Requerentes das ações individuais que tiveram deferidos R$ 1.000,00 (um mil reais) a título de danos morais, de ingressarem com recurso de apelação, nos termos do artigo 1.009 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2017), para fins de lutar pelo montante pretendido na exordial.

Ocorre que a recorribilidade do acórdão do Incidente se reafirma à medida que tal decisão não transita em julgado; mas há apenas a estabilização da tese fixada (TEMER,

2018). Não obstante a inexistência de trânsito da decisão que definiu a tese não pode ser interpretada como inexistência de trânsito das sentenças proferidas nas ações repetitivas que voltaram a tramitar finda a suspensão do artigo 982, I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2017).

O professor Didier reforça que uma vez considerado o acórdão do IRDR como recorrível, o recurso só poderia devolver para reapreciação a tese jurídica fixada. No entanto, tal hermenêutica poderia ser considerada heterodoxa haja vista a função da jurisdição brasileira ser de decidir casos concretos e não de decidir casos futuros (DIDIER, 2018).

Tal afirmação se justifica pela redação do parágrafo primeiros do artigo supracitado, que diz: "O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida" (BRASIL, 2017).

Por fim, conclui-se também que a tese jurídica é parte integradora do acórdão proferido pelo órgão colegiado que, ao julgar o a ação piloto, soluciona pontos controvertidos os quais, caso não houvesse instauração do Incidente, poderiam gerar resoluções controversas em primeiro grau, ferindo o tratamento isonômico que a Constituição Federal e o Código de Processo Civil garantem aos litigantes no caput do artigo 5º e no artigo 139 (BRASIL, 2017), respectivamente.

Assim, os juízes de piso devem abstrair do acórdão julgador somente a tese jurídica vinculante, nunca olvidando as circunstâncias especificas de cada processo, individualmente. Pois "a restritiva interpretação do termo burla o desígnio constitucional de atribuir ao STF e ao STJ a uniformização da constitucional e da lei infraconstitucional" (TEMER, 2018).

Contudo, em caso de procedência parcial do pedido; à parte insatisfeita resta devolver a análise do quantum indenizatório ao tribunal, nos termos do artigo 1.013, §1º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2017).

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um 'incidente de resolução de demandas repetitivas'**, disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?& src=rl&srguid=i0ad6adc600000175a 37c539368812765&docguid=I108450a09c9211e087e70000853f87ee&hitguid=I108450a09c9211e087e70000853f87ee&spos=1&epos=1&td=73&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1 Acesso em 07/11/2020.

BRASIL, **Vade Mecum Universitário de Direito Rideel**, 22. Ed. São Paulo: Rideel, 2017, 22 p. 300 p. 305 p. 352 p. 353 p. 355 p.

BRASIL. **Série Pensando o Direito nº 37/2011**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 50 p.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: O Processo Civil nos Tribunais, Recursos, Ações de Competência Originária de Tribunal e *Querela Nulitatis*, Incidentes de Competência Originária de Tribunal,** 15. ed. Salvador: JusPodvm, 2018. 683 p. 686 p. 689 p. 691 p. 693 p.

G1, *Justiça tem mais de 13 mil ações contra a Samarco em Colatina*, Alessandro Bacheti, 13/06/2016, disponível em <http://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/2016/06/justica-tem-mais-de-13-mil-acoes-contra-samarco-em-colatina.html> Acesso em 05/06/2020.

G1, Justiça fixa indenização de R$ 1 mil a cidadão afetado pela lama no ES, Victoria Varejão, 14/03/2017, disponível em < http://g1.globo.com/espirito-santo/desastre-ambiental-no-rio-doce/noticia/2017/03/justica-fixa-indenizacao-de-r-1-mil-cidadao-afetado-pela-lama-no-es.html> Acesso em 05/06/2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado,** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 874 p., 875 p.

SANTOS, Antônio Jeová dos. **O DANO Moral Indenizável**, 7. ed. Salvador: JusPodvm, 2019, 117 p. 173 p.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *Recurso Especial nº 1.152.54-RS (2990/0157076-0)*, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 13/09/2011, disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21078871/recurso-especial-resp-1152541-rs-2009-0157076-0-stj/inteiro-teor-21078872> Acesso em 05/06/2020.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**, 3. ed. Salvador; JusPodvm, 2018, 27 p. 219 p. 222p. 231 p. 233 p. 235 p. 270 p. 278 p. 281 p.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, *Ap. 0005761-15.2016.8.08.0014*. Relator Des. Eliana Junqueira Munhos Ferreira, 26/06/2018, disponível em <https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php/component/ediario/658315?view=content> Acesso em 02/05/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, *IRDR 040/2016 Ref. RI 0017173-74.2015.8.08.0014*, Relator Des. Marcelo Pimentel, 10/03/2017, disponível em <https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php/index.php?option=com_ediario&view=content&id=484460> Acesso em 29/05/2020

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *Jurisprudência em Teses Ed. 125*, 21/05/2019, disponível em https://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp Acesso em: 02/05/2020.

CAPÍTULO 2

DO SER PARA O TER: UMA REFLEXÃO SOBRE O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO

Data de aceite: 25/03/2021
Data de submissão: 15/01/2020

Isabelle Caroline Alves de Oliveira
Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo
Presidente Prudente - São Paulo

Mariana Winter Frota
Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo
Presidente Prudente - São Paulo

Jesuado Eduardo de Almeida Junior
Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo
Presidente Prudente - São Paulo
http://lattes.cnpq.br/6159243179329399

RESUMO: O direito da personalidade é uma forma coloquial de abordagem dos efetivos direitos fundamentais entre particulares. De cunho privatístico, tem seu supedâneo nas regras constitucionais, sobretudo àquelas de caráter de fundamentalidade construídos à luz dos Direitos Humanos. A análise jurídica do direito ao próprio corpo perpassa, necessariamente, pelo discurso da autodeterminação do indivíduo em relação à disposição do seu corpo e sua natureza jurídica. A complexidade e singularidade do assunto se reveste pela multiplicidade de suas fontes, positivados desde a Declaração Universal dos Direito Humanos, também pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e sobretudo pelo Código Civil brasileiro de 2002, que o trata de forma expressa. Como direito de personalidade, tem por características a indisponibilidade e a irrenunciabilidade. Todavia, como não poderia deixar de ser, tanto o direito em si, quanto suas características, não estão a mercê de um rigor absoluto, comportando exceções tópicas e especiais que justificariam a relativização.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade. Direitos Fundamentais. Direito ao Corpo. Autodeterminação.

OF HAVING TO BEING: A REFLECTION ABOUT THE RIGHTS OVER THE OWN BODY

ABSTRACT: Personality rights is a colloquial way of addressing effective fundamental rights between individuals. With a privatistic nature, it is founded in the constitutional rules, primarily in those built with fundamentality, in light of Human Rights. The legal analysis of the right to one's own body necessarily permeates the discourse of the individual's self-determination in relation to the disposition of his body and its legal nature. The complexity and uniqueness of the subject is reflected by the multiplicity of its sources, confirmed since the rising of the Universal Declaration of Human Rights, also by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, and above all by the Brazilian Civil Code of 2002, which mentions it expressly. As a right of personality, it is characterized by unavailability and unavoidability. However, as it could not be otherwise, both the law itself and its characteristics are not at the mercy of absolute rigor, with topical and special exceptions that would justify relativization.

KEYWORDS: Personality Rights. Fundamental

Rights. Rights To The Body. Self-determination.

1 I INTRODUÇÃO

A pessoa natural é detentora de direitos, inerentes à pessoa humana e dotada de características próprias e distintas, com personalidade jurídica, o que lhe garante a autonomia da vontade, que é um dos princípios estruturantes dos direitos fundamentais, positivados e reconhecidos na ordem jurídica.

A personalidade se forma pelo conjunto de caracteres inerentes da pessoa, que permite adquirir direitos e contrair obrigações, sendo critério para ordenar outros bens jurídicos, promovendo a dignidade humana e sua identidade enquanto pessoa.

Neste viés, os direitos da personalidade, de acordo com os doutrinadores, são apresentados como aqueles direitos necessários para a formação da personalidade e para sua inserção nas relações jurídicas, tais direitos são subjetivos e corresponde a um valor fundamental, iniciando pelo direito ao próprio corpo e a sua integridade física, que é a condição fundamental e essencial da identidade do individuo, assim como a vida, a liberdade, a honra, a privacidade, a autoria e a imagem entre outros.

O estudo do tema se justifica pela sua relevância diante da tutela dos direitos de personalidade, embasados nos direitos humanos garantidos na esfera constitucional, gerando reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

A importância do estudo decorre da reflexão as limitações legais impostas a disponibilidade do próprio corpo, tendo como tema central da discussão a proteção de sua dignidade erga omnes.

Os objetivos deste estudo consistem na investigação de temas relevantes, que são fundamentais para a compreensão dos direitos da personalidade, analisando determinados aspectos concernentes ao direito ao próprio corpo, averiguando à autonomia da vontade do individuo em relação à disposição do seu corpo e sua natureza jurídica, abordando a ótica dos direitos da personalidade enquanto direitos fundamentais.

Logo, em razão da complexidade do tema, a elaboração do estudo se embasa na literatura específica da área, caracterizando-a como Pesquisa Bibliográfica, utilizando posicionamento doutrinário e leis vigentes referentes ao tema abordado.

O estudo terá início com uma breve exposição do princípio da dignidade da pessoa humana, que é à base dos direitos da personalidade. Em seguida, será apresentada uma análise referente aos direitos da personalidade e sua natureza jurídica, embasado no Código Civil vigente. Na sequência, será abordada a disponibilidade do direito ao próprio corpo e as limitações legais quanto a sua disposição. Na parte final será feita algumas considerações atinentes ao exercício da autonomia da vontade sobre o corpo e a tutela jurídica referente à disposição do próprio corpo.

A legislação vigente de nosso ordenamento jurídico, veda a disponibilidade total

sobre o próprio corpo, com o intuito de tutelar à integridade física do individuo, assim à disposição do próprio corpo é limitada e deve ser contextualizada em prol da própria pessoa humana.

2 I DIREITOS DA PERSONALIDADE

Em nosso Estado Democrático de Direito, o individuo é dotado de direitos e garantias fundamentais, entre eles o direito de dispor de seu próprio corpo, que tem como base a liberdade individual e a autonomia da vontade. No entanto, tais direitos são regulados e limitados com o intuito de manter a integridade física, psíquica e social da pessoa humana, permitindo assim, o direito à personalidade que é própria de cada individuo.

Através da personalidade, o individuo se destaca por sua individualidade e essência, conforme afirmação de Gonçalves *"com todos os predicados que integram a sua individualidade."* (GONÇALVES, 2011, p. 100); promovendo os direitos de tutela aos bens jurídicos inerentes à pessoa, sendo eles a vida, a integridade, a intimidade, entre outros que garantem a dignidade do ser humano, sendo imprescindível a proteção da personalidade e dos direitos a ela inerentes.

O regramento jurídico, embasado nas leis e doutrinas, admite que o titular dos direitos de personalidade, possa dispor livremente do próprio corpo, desde que estabelecidos às limitações e restrições pertinentes a cada caso concreto, sem comprometer a integridade do individuo.

Todavia, o presente estudo irá abordar pontos relevantes sobre o tema, discorrendo sobre os direitos da personalidade, as características e fundamentos destes direitos, permeando os limites da autodeterminação individual e a autonomia de vontade, por intermédio das normas vigentes no ordenamento jurídico

2.1 Princípio da Dignidade Da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 tem como diretriz o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando direitos individuais e sociais, tornando o individuo titular de direitos e garantias fundamentais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Organização das Nações Unidas de 1948, aduz em seu artigo 1º, o seguinte posicionamento: *"Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade";* apresentando como cerne do ordenamento jurídico pátrio, a dignidade da pessoa humana.

Os diretos fundamentais, positivados na Constituição Federal de 1988, visam proteger o indivíduo em sua dignidade, assim, a ação estatal, embasada na Carta Magna, tutela a dignidade da pessoa humana enquanto princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º, III, Constituição Federal de 1988, reconhecendo os direitos e

garantias fundamentais, entre eles os direitos da personalidade, positivados no artigo 5º, caput, V, X e XXXVI, CF/88.

Os direitos da personalidade, estabelecidos pela lei, são tutelados pelo Estado e abrangem direitos subjetivos absolutos, entre eles o direito à vida; à igualdade; à dignidade; à integridade física, psíquica e social; à liberdade de pensamento e expressão; à cidadania; à segurança; ao nome; ao próprio corpo; o direito à imagem; o direito à inviolabilidade da vida privada; o direito à propriedade; entre outros.

O princípio da dignidade da pessoa humana, está interligado a liberdade e autodeterminação dos próprios interesses, primando pela autonomia da vontade, assegurando a preservação e valorização da dignidade do individuo regulamentada no Direito Civil.

2.2 Fundamentos e Características Dos Direitos da Personalidade

Os direitos da personalidade, perfaz um caminho histórico proveniente das civilizações da antiguidade, onde surgiu a proteção jurídica à pessoa, marcada por avanços e retrocessos conforme o momento histórico, decorrentes de alterações sociais, econômicas e políticas, de cada sociedade

2.2.1 Breve Histórico dos Direitos Da Personalidade

A contribuição dada pela Grécia antiga, de acordo com Luiz Carlos de Azevedo (2009), se perfaz por influência de Aristóteles, concebendo a regulamentação das relações humanas em sociedade pela lei, que conforme o pensamento filosófico que considerava o homem a origem e a finalidade do direito, assim como a ideia de direito natural, que contribuiu para o desenvolvimento dos direitos de personalidade, em sua base filosófica, que veio a contribuir para a base jurídica grega.

Para José Carlos Moreira Alves (1996), a contribuição do direito romano, ocorreu pela tutela de diversas manifestações da personalidade, que se apresentava como a “actio iniuriarium” (protegendo à vítima de delitos de injúria), tutelando os aspectos fundamentais da personalidade, as ofensas aos bens da personalidade. Historicamente, estudos comprovam que no período pré-clássico, a proteção se dava por meio da vingança privada, fundadas na Lei de Talião (estágio primitivo do direito romano), posteriormente, deu lugar à pena privada de composições, primeiramente voluntária e depois de algum tempo, obrigatória através da Lei das Doze Tábuas e pela Lex Aquilia.

A época clássica, foi marcada pela evolução jurídica acompanhada da evolução política, que se caracterizava pelo destaque do direito pretoriano, revolucionando o papel do magistrado, que tinha o intuito de suprir lacunas e trazer novas soluções para a sociedade em mudança, e das atividades dos jurisconsultos, considerados cientistas do direito de Roma, formados em literatura e filosofia, apresentando pareceres jurídicos.

O período pós-clássico, ficou marcado pelo surgimento de leigos em Direito e

os professores, neste período ocorre a decadência do direito e dos demais campos da sociedade, sofrendo sofreu forte influência do Cristianismo. O Cristianismo aprimorou a ideia da dignidade humana e valorização do individuo enquanto pessoa, com estritos limites, apontados pela Religião.

Na Idade Média, os fatos históricos foram marcados por eventos políticos, como a desintegração do Império Romano do Ocidente e finalizando com a queda de Constantinopla e o consequente fim do Império Romano do Oriente, influenciado pelo direito barbárico, que fragilizaram as regras do direito romano, de importância secundária, predominando o direito oral.

A Idade Média apresentou dois períodos históricos fundamentais, sendo dividido em alta idade média, que não propiciou a proteção dos direitos de personalidade; e a baixa idade média, favoreceu o renascimento do direito romano Justiniano (obra do Imperador bizantino Justiniano I), que por ser um direito escrito e sistematizado, se sobrepôs ao direito costumeiro.

Tais evoluções perpetuaram pelo Renascimento e o Humanismo, o primeiro marcado pelo antropocentrismo (o homem no centro de tudo), e o segundo desenvolveu a doutrina do direito subjetivo.

A Idade Moderna é marcada por um período de transição, surgindo à manifestação de diversos direitos inerentes à pessoa. O Iluminismo, apresentando como auge, o desenvolvimento da teoria dos direitos subjetivos, consagrando a tutela dos direitos fundamentais do individuo.

No Liberalismo, acentuou os direitos individuais positivados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que através da sua universalidade, tornou-se a base do constitucionalismo liberal.

Superando o paradigma liberal do direito, deste viés histórico cultural, surgiu vários documentos internacionais que abarcaram a evolução dos direitos humanos, embasando os direitos da personalidade.

No Brasil, o texto constitucional, positivou no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais, arguindo ser *"invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"*, sendo tais garantias constitucionais direitos de personalidade, conforme fundamento no artigo 11 a 21, do Código Civil em vigência.

2.2.2 Características dos Direitos Da Personalidade

Os direitos de personalidade, dotados de características próprias, conforme seu status constitucional, extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, devem ser garantidos no tempo e no espaço, por ser direitos absolutos.

Os caracteres especiais, que tutela os bens jurídicos inerentes aos direitos de

personalidade, visando uma proteção eficaz à pessoa humana, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias (2005, p. 105), "*caracterizam-se os direitos da personalidade por serem absolutos, indisponíveis relativamente, imprescritíveis e extrapatrimoniais",* de caráter essencial, considerados direitos intransmissíveis e indispensáveis, próprios de seu titular.

Para Pontes de Miranda (2000, p. 216), as características de tais direitos, se embasam conforme apontado: "*o direito de personalidade, os direitos, as pretensões e ações que dele se irradiam são irrenunciáveis, inalienáveis, irrestringíveis*".

As características dos direitos da personalidade, conforme posicionamento doutrinário, se apresentam como: originários, sendo inato ao individuo; absolutos, permitindo ao seu titular o direito ao respeito, impondo-se a toda a coletividade (oponibilidade erga omnes); indisponíveis, pois não se dispõe a outro titular, ou seja, não se dispõe a terceiros; imprescritíveis, não prescreve no tempo; intransmissíveis, não podem ser transferidos para outra pessoa; impenhoráveis, não podem ser penhorados, não pode ser disposto como pagamento de obrigações; extrapatrimoniais, por ser direito personalíssimo, não são mensurados, logo, não é possível dispor de conteúdo patrimonial aferível e vitalícios, pois os direitos de personalidade são permanentes e inatos, perdurando até a morte.

Quanto à sua classificação, conforme dispositivos legais, os direitos de personalidade garantem à integridade física (artigos 13, 14 e 20, do CC/02), psíquica (artigo 21, CC/02) e moral (artigo 5º, CRFB/88), tutelando os bens jurídicos de maior relevância ao individuo, garantido o princípio constitucional da dignidade humana.

2.2.3 Natureza Jurídica Dos Direitos Da Personalidade

Os direitos da personalidade são definidos como direitos essenciais e inerentes do ser humano e decorrentes de suas próprias funções, apresenta peculiaridades quanto a sua natureza jurídica.

A tese do reconhecimento efetivo dos direitos de personalidade, gera algumas discussões quanto à sua natureza, devido a ideia de individualidade estar intrinsecamente ligada à condição humana e seus atributos.

A natureza jurídica dos direitos da personalidade é determinada pelo reconhecimento dos direitos subjetivos do titular de direito. Por esta razão, os direitos da personalidade não apresentam um rol limitativo de direitos, devido ao fato de ser inerentes à condição humana, e estar em constante evolução e progresso, resguardando a dignidade da pessoa humana.

2.3 Direito Ao Corpo

O direito ao próprio corpo é reconhecido como um dos direitos da personalidade, regulado pelo direito, o qual estabelece limites de atuação para o individuo dispor do próprio corpo, por se tratar de um direito fundamental.

A análise do direito ao próprio corpo, acarreta uma gama de direitos de proteção à

personalidade individual, vinculadas às inovações tecnológicas e científicas, que delimitam os limites e disposição deste direito, estabelecendo formas de proteção para o corpo, visando sua integridade física, psíquica e moral.

O direito ao próprio corpo, configura condição para dispor de suas partes, em vida ou para depois da morte, objetivando a preservação da vida e da dignidade humana.

O direito ao próprio corpo apresenta todos os elementos característicos dos direitos da personalidade, logo, é justificável a imposição legal dos limites para a disposição do corpo, conforme afirma Paulo Luiz Netto Lôbo: "A cada pessoa não é conferido o poder de dispô-los, sob pena de reduzir sua condição humana; todas as demais pessoas devem abster-se de violá-los. " (Lôbo, 2001, p.10).

2.3.1 Natureza Jurídica Do Direito Ao Próprio Corpo

O direito ao próprio corpo, constitui o direito do indivíduo não sofrer nenhum tipo de ofensa ou violação ao seu corpo.

A natureza jurídica deste instituto, insere-se nos direitos fundamentais e nos direitos da personalidade, tutelando a proteção da dignidade da pessoa humana, abarcando as características próprias de cada um deles, resguardando a autonomia da vontade, sem ferir as garantias constitucionais, que envolvem a integridade e dignidade de cada individuo.

2.3.2 Disposição Do Corpo Em Vida e Após a Morte

O direito dispor do próprio corpo, é limitado e deve observar as restrições impostas na legislação vigente, não podendo acarretar nenhuma diminuição permanente da integridade física de seu titular. O Código Civil, ao regular a questão da disposição do próprio corpo, em seu art. 13, dispõe: "Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes".

A legislação vigente, autoriza a disposição do corpo após a morte, desde que apresente objetivo de fins científicos, ou para a doação de órgãos, regulamentada pela da Lei 9.434/97.

O transplante de órgãos entre pessoas vivas, tem fundamento legal, na Constituição Federal de 1988, em seu artigo no artigo 199, parágrafo 4º; proibindo a comercialização de órgãos e tecidos humanos.

3 I CONCLUSÃO

Os Direitos da Personalidade são inerentes à pessoa humana e fundamental a dignidade da pessoa humana. Entre eles, o direito de dispor do próprio corpo, que garante a proteção dos indivíduos mesmo após a sua morte.

A observância aos limites impostos pela legislação vigente e doutrinarias, visam

tutelar a integridade do individuo e garantir os direitos fundamentais e os direitos de personalidade, primando pela autonomia da vontade e autodeterminação individual.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. C. M. Direito romano: história do direito romano. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. O direito grego antigo. Disponível em: <http://helciomadeira.sites.uol.com.br/historia_arquivos/ Texto002.htm>. Acesso em: 15. abril. 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 2.a ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense Universitária, 1995.

BRASIL. Código Civil 2002 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2019

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Civil – Teoria Geral. 3ª edição. Rio da Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Parte Geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito civil brasileiro. Parte Geral, 5 ed. São Paulo (SP): Saraiva: 2007, v. 1.

CAPÍTULO 3

AQUISIÇÃO DE NACIONALIDADE POR ESTRANGEIRO ADOTADO POR BRASILEIRO

Data de aceite: 25/03/2021

Stephanie Corazza Moreira

RESUMO: O presente artigo busca, por meio da análise legislativa, doutrinaria e jurisprudencial, determinar se há possibilidade da concessão da nacionalidade brasileira por estrangeiro. O objetivo geral é demonstrar quais são as condições oferecidas, tanto pelo direito interno quanto pelo externo, para que o estrangeiro adotado por brasileiro possa fazer (ou não) a opção de nacionalidade. A metodologia é baseada na análise bibliográfica, jurisprudencial e doutrinária. Com base nos critérios de pesquisa utilizados foi possível concluir que se for realizada uma análise puramente legislativa conclui-se pela impossibilidade da realização do procedimento, entretanto com base nos tratados internacionais de direitos humanos e evolução do pensamento doutrinário, tem se criado meios para que futuramente o procedimento possa ser efetivado de forma exitosa.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção internacional, opção de nacionalidade.

ABSTRACT: This article seeks, through legislative, doctrinal and jurisprudential This article seeks, through legislative, doctrinal and jurisprudential analysis, determine if there is a possibility of brazilian nationality being granted by a foreigner. The general objective is demonstrate the conditions offered, by brasilian and foreign law, to the foreigner adopted by Brazilians acquisition (or not) the brazilian nationality. The methodological is based on bibliographical, jurisprudential and doctrinal analysis. Based on the research was possible to conclude that when you study just the law is impossible to carry out the procedure. However, based on international human rights treaties and the evolution of doctrinal thinking, is possible to see that the thought has evolved, and in the future the procedure can be successfully performed.

KEYWORDS: International adoption, nationality option.

1 | PROCEDIMENTO PARA A REALIZAÇÃO DA ADOÇÃO INTERNACIONAL

A adoção de estrangeiros tem duas vertentes procedimentais, a primeira ligada aos países que não são signatários da Convenção de Haia Relativa à Proteção das Crianças e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional e a segunda para com os signatários.

1.1 Procedimento de Adoção em Países não Signatários da Convenção de Haia

Quando abordamos a adoção de estrangeiros nascidos em países não signatários da Convenção de Haia, tem-se um procedimento, em regra, mais simples, pois o trâmite ocorre na autoridade judiciária do país de origem da criança (seguindo suas determinações legislativas), culminando em sentença que deverá além de conceder a

adoção, autorizar a residência do adotado no Brasil.

Com a vinda para o Brasil, inicia-se o processo de reconhecimento da adoção, com pedido de homologação de sentença estrangeira no Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos termos do art. 960 do CPC[1].

Após o transito em julgado, os novos pais poderão pugnar o consulado do país de origem, ou, em caso de inexistência de representatividade, buscar o próprio consulado brasileiro (que entrará em contato com a autoridade competente), para que seja expedida certidão de nascimento brasileira. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, n.p)

É de responsabilidade dos requerentes o transporte da certidão de nascimento emitida pelo consulado ao 1º Cartório de Registro Civil do Município onde reside, para que sejam efetuados os devidos registros.

1.2 Procedimento de Adoção em Países Signatários da Convenção de Haia

O Fluxo de Habilitação de Pretendentes Residentes no Brasil para Adoção Internacional, em países Ratificantes da Convenção de Haia de 1993, determina quais são os passos a serem seguidos pelos adotantes.

A primeira etapa é a habilitação, que deve ser encaminhada no município de residência do pretendente, e se inicia mediante requerimento junto à Vara da Infância e Juventude, onde deverá ser apresentada petição (escrita por advogado particular ou defensor público) acrescida da documentação[2].

Alguns Estados podem dispensar a petição por meio de advogado, exigindo que seja preenchido determinado requerimento, conforme modelo disponibilizado pelo próprio site do Tribunal, como é o caso de Santa Catarina.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 42, discrimina quais são os requisitos que devem ser atendidos pelo adotante que pretende efetuar o processo de habilitação:

> Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. § 2o Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.§ 4o Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido

---

1 Art. 960. A homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado. § 1º A decisão interlocutória estrangeira poderá ser executada no Brasil por meio de carta rogatória. §2º A homologação obedecerá ao que dispuserem os tratados em vigor no Brasil e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. § 3º A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo.

2 O Tribunal de Justiça de Santa Catarina requer a apresentação dos seguintes documentos: Identidade, Cadastro de Pessoas Físicas, Requerimento, Estudo social elaborado por técnico do Juizado da Infância e da Juventude do local de residência dos pretendentes; Certidão de antecedentes criminais; Certidão negativa de distribuição cível; Atestado de sanidade física e mental; Comprovante de residência; Comprovante de rendimentos; Certidão de casamento (ou declaração relativo ao período de união estável) ou nascimento (se solteiros);Fotos dos requerentes (opcional).

> iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. § 5o Nos casos do § 4o deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. § 6o A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

No caso da adoção internacional eles deverão ser cumpridos por questão de protocolo burocrático, mas não darão garantias quanto a possibilidade de adoção da criança, pois a legislação do país de origem da criança que determinará os requisitos.

Deferida a habilitação dos requerentes, mediante sentença que não especificará se estão habilitados para adoção nacional ou internacional, o Juízo encaminhará o processo para a Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional (CEJAI), indicando o país que os adotantes pretendem que seja o de origem do adotado.

1.2.1 Da Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional

A Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional (CEJAI), é responsável por efetuar o credenciamento dos adotantes junto à Autoridade Central Federal, nos termos do art. 1º do Decreto Lei 5.491/2005, tudo em consonância com os arts. 52-C e D do Estatuto da Criança e do Adolescente[3].

Para que possa ser processado o credenciamento serão seguidos os procedimentos estipulados pelo Fluxo de Habilitação de Pretendentes Residentes no Brasil para Adoção Internacional em países ratificantes da Convenção de Haia de 1993.

Tal procedimento se inicia com a expedição de ofício solicitando que a Autoridade Central entre em contato com o consulado do país pretendido, a fim de que este forneça a base legislativa aplicável ao caso, para que seja verificado o perfil dos requerentes

Se a documentação estiver dentro do exigido pelo país de origem do adotado, será emitida Certidão de Regularidade do Cadastro, conforme exigência do art. 5º da Convenção de Haia[4], momento em que serão chamados os possíveis adotantes para realização de

---

3 Art. 52-C. Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida, a decisão da autoridade competente do país de origem da criança ou do adolescente será conhecida pela Autoridade Central Estadual que tiver processado o pedido de habilitação dos pais adotivos, que comunicará o fato à Autoridade Central Federal e determinará as providências necessárias à expedição do Certificado de Naturalização Provisório. § 1º A Autoridade Central Estadual, ouvido o Ministério Público, somente deixará de reconhecer os efeitos daquela decisão se restar demonstrado que a adoção é manifestamente contrária à ordem pública ou não atende ao interesse superior da criança ou do adolescente. § 2º Na hipótese de não reconhecimento da adoção, prevista no § 1º deste artigo, o Ministério Público deverá imediatamente requerer o que for de direito para resguardar os interesses da criança ou do adolescente, comunicando-se as providências à Autoridade Central Estadual, que fará a comunicação à Autoridade Central Federal Brasileira e à Autoridade Central do país de origem. Art. 52-D. Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida e a adoção não tenha sido deferida no país de origem porque a sua legislação a delega ao país de acolhida, ou, ainda, na hipótese de, mesmo com decisão, a criança ou o adolescente ser oriundo de país que não tenha aderido à Convenção referida, o processo de adoção seguirá as regras da adoção nacional.

4 As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de acolhida: a) tiverem verificado que os futuros pais adotivos encontram-se habilitados e aptos para adotar; b) tiverem-se

estudo social complementar.

Concluído o estudo, deverá ser encaminhada cópia dos autos ao Ministério Público, para que este analise as pretensões dos possíveis adotantes e intervenha em favor do menor, por meio de decisão colegiada.

Se aprovado o pedido pelo Ministério Público, deverá ser emitido pelo CEJAI laudo contendo:

> a. Termo de regularidade da habilitação; b. Laudo de habilitação e qualificação; c. Declaração de isenção de custas e despesas; d. Termo de compromisso de acompanhamento pós-adotivo, conforme legislação dos dois países; e. Laudo de avaliação social e psicológica do pretendente; f. Declaração de participação em período de preparação psicossocial e jurídica de adotantes, conforme §3º do Artigo 50 do ECA, com ênfase em adoção internacional.

Após emissão do Laudo, os autos serão encaminhados para a Autoridade Central Federal que realizará os trâmites legais junto do país de origem do adotado.

1.2.2 Da Autoridade Central Federal

O Decreto-Lei 3.174 de 16 de setembro de 1999 determina quais são as competências e atribuições da Autoridade Central Federal (ACF), no que tange a adoção internacional, frente ao estipulado pela Convenção de Haia.

Considerando que a CEJAI não possui autonomia para efetuar negociações com outros Estados, está etapa é de responsabilidade exclusiva da ACF, que encaminhará o laudo fornecido pela entidade para o Estado de origem do adotado, que efetuará a devida análise e se manifestará quanto ao deferimento ou não da adoção.

Em caso de deferimento, questões como o translado da criança do país de origem para o Brasil, a necessidade de estágio de convivência, como é requerido no Brasil, dependerá da legislação vigente naquele país e dos arranjos realizados em caráter de cooperação entre os Estados.

Cabe ainda salientar que é de responsabilidade da Autoridade Central Estadual a realização de laudos de acompanhamento que deverão ser encaminhados para a ACF e está encaminhar para o país de origem.

2 | ANALISE LEGISLATIVA

2.1 A Constituição Federal

A Constituição Federal é a base democrática que garante a autonomia e soberania do Brasil frente aos demais países, também é ela que traz as diretrizes gerais que devem ser seguidas por todo o ordenamento jurídico nacional.

---

assegurado de que os futuros pais adotivos foram convenientemente orientados; c) tiverem verificado que a criança foi ou será autorizada a entrar e a residir permanentemente no Estado de acolhida.

Especificamente quanto a questão da adoção internacional, ela traz os critérios referente a nacionalidade do adotado, bem como determinações que visam a sua proteção e integração na sociedade.

2.2 Considerações quanto a soberania nacional frente aos demais Estados

A Constituição Federal trouxe já em seu art. 1º, I, a noção de soberania Nacional, continuando em seu artigo 4º a disciplinar como as relações internacionais irão ocorrer, trazendo a independência nacional frente aos demais Estados: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I- independência nacional;”.

Com isso tem-se a falsa sensação de que o Brasil, como estado soberano, deverá impor o seu regramento nacional como forma de efetivação da sua soberania nacional.

Ocorre que tal visão reflete o pensamento existente 1988, que vem se modificando com a intensificação da globalização e maior integração entre os países e se moldando na ideia de o Estado soberano é construído a partir da interdependência de soberanias, ou seja, para que um estado exerça a sua autonomia ela deve ser reconhecida pelos demais (DIAS, 2011, p. 61-62).

Assim, tem-se a impossibilidade de imposição de uma lei sobre a outra, fazendo com que as relações entre o Brasil e os demais Estados devam ser pautadas em equilíbrio, e assim preservar os princípios trazidos pela Constituição Federal, em especial aqueles de cunho social e econômico.

Neste contexto, surgem os tratados internacionais, que visam garantir que os nacionais tenham um tratamento digno, tornando este problema não só uma questão de soberania nacional, mas de conscientização global. (PIOVESAN, n.p.).

Em questões de direito material, como a possibilidade de aquisição de nacionalidade, além do regramento interno, devem ser considerados os ditames trazidos pelos tratados e convenções internacionais, resguardando o equilíbrio entre as soberanias e a efetivação da proteção internacional aos direitos humanos.

2.2.1 Da nacionalidade

Há no ordenamento jurídico brasileiro duas hipóteses de obtenção da nacionalidade, podendo ela ser originária (determinada pelo nascimento e subdividida nos critérios territorial e sanguíneo), sendo estes considerados brasileiros natos ou derivada (obtida através do procedimento de naturalização), sendo então considerados brasileiros naturalizados.

Dentre tais critérios cabe ressaltar que as crianças que vierem a nascer no exterior pelo labor de seus pais a requerimento do Brasil, são consideradas como se tivessem nascido em solo nacional, mas se os pais não estiverem a serviço do Brasil, faz-se necessária a aplicação da EC n. 54/2007 que exige o registro em repartição competente ou

ainda, para os que após a maioridade vierem residir no Brasil, a possibilidade da realização da opção de nacionalidade.

A opção de nacionalidade, segundo entendimento do STF, é um procedimento de jurisdição voluntária, no qual o brasileiro (por critérios territoriais ou sanguíneos), que venha a residir em solo nacional poderá pugnar em Juízo pela reconhecimento da nacionalidade brasileira.

Pelo caráter personalíssimo da ação, o requerente deverá ser capaz, tendo em vista que efetuará "uma escolha", sendo esta condição suspensiva da nacionalidade enquanto não for capaz. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 248-252).

No caso de estrangeiro adotado por brasileiros, não estão preenchidos os requisitos para a concessão da nacionalidade originária, vez que não possuem o sangue de brasileiro, nem nasceram em território nacional, sendo assim, estão fadados a concessão da nacionalidade derivada, que é concedida através de um procedimento de jurisdição voluntária, onde o estrangeiro deverá manifestar vontade de "se tornar brasileiro" e depende da anuência do Brasil, tendo em vista que a consideração de um indivíduo como nacional está diretamente relacionada com a soberania do país. (LENZA, 2015, p. 1305-1309).

2.2.1.1. As distinções entre o brasileiro nato e o naturalizado

Como a Constituição de 1988 buscou resguardar os direitos humanos e as liberdades individuais, tem-se um viés igualitário entre brasileiros e estrangeiros (princípio da isonomia), assim, pode-se tirar a conclusão preliminar que não há distinção entre a nacionalidade originária e derivada.

Ocorre que essa igualdade não abarca questões ligadas à soberania nacional, nas quais o estrangeiro, ainda que possa vir a ser considerado como um nacional (pela adoção), será tratado de forma distinta.

Tais questões estão dispostas em rol taxativo (apenas aquilo que é previsto na Constituição Federal, não admitindo interpretação extensiva), e são elas: A prática de crime comum antes da naturalização ou de tráfico ilícito de entorpecentes, mesmo que após o procedimento, culminando na extradição (art. 5º, LI, CF); O exercício dos seguintes cargos: Presidente e Vice-Presidente da república, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, qualquer cargo na carreira Diplomática, oficial das Forças Armadas e Ministro de Estado da Defesa são privativos de brasileiros natos (art. 12, §3º, CF); Poderá ser decretada a perda da nacionalidade derivada quando for entendido pela autoridade que a manutenção é prejudicial ao interesse social (art. 12, §4º, CF); Os cidadãos escolhidos para participar do conselho da República serão brasileiros natos (art. 89, VII, CF) e empresas de telecomunicação e rádio só poderão ser de propriedade de brasileiros natos (art. 222, CF). (FERNANDES, 2017, 747-749).

Assim, ao estrangeiro adotado, cuja possibilidade de naturalização é derivada, serão

impostas as restrições supracitadas, o que causaria empecilhos para a plena integração em sociedade, contradizendo o excerto Constitucional que visa disciplinar os deveres do Estado e da família, (art. 227, §6ª), onde é destacado a necessidade da promoção de uma vivência saudável e harmônica com plena integração do menor ao ambiente onde reside:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) § 6.º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação

Ressalta-se que só pode ocorrer a plena integração quando são fornecidas, de forma equitativa, as mesmas oportunidades para todos os menores tutelados pelo Brasil, tendo em vista principalmente de que através do procedimento de adoção não apenas os adotantes, mas o país se comprometeu em resguardar a integridade da criança, garantindo a ela um crescimento sadio.

2.3 Declaração Universal de Direitos Humanos

A Declaração Internacional de Direitos Humanos foi um pacto firmado pós-guerra (meados de 1948) na qual as nações signatárias se comprometem em tomar medidas para a garantia do pleno desenvolvimento de todos os indivíduos.

Inicia, já em seu artigo sexto, visando garantir o tratamento igualitário a todos os indivíduos: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Especificamente quanto à nacionalidade, disciplina em seu art. 15, que: “1. Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade. 2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade.”

Ao assinar a presente declaração, o Brasil se compromete em seguir os ditames nela descritos, e com isso criar meios para que todos sejam tratados de forma igual perante as suas leis.

No que tange a nacionalidade, consoante acima descrito, tem-se firmado o compromisso de garantir que cada cidadão tenha o reconhecimento de identidade para com um país, ou seja, que ele seja parte integrante de uma nação.

Quando falamos em adoção, temos de um lado um país que reconhece não possuir condições para cuidar de todos os seus nacionais, abdicando parcialmente da sua soberania sobre esse cidadão, a fim de que outro país a reivindique, trazendo a criança para seu território, onde poderá fornecer todos os meios para uma criação justa e equilibrada.

Deste modo, tem-se uma troca de soberanias, onde a identidade do menor para com um país, passa a ser voltada para outro a modificação de nacionalidade é medida imperativa para que seja garantido o tratamento igualitário ao qual se comprometeu, pois em que pese hajam poucas distinções, existem direitos que só podem ser gozados por brasileiros natos.

2.4 Pacto de Direitos Civis e Políticos

O ordenamento jurídico brasileiro, através de seu próprio regramento interno, admite que não deverá haver discriminação entre as diversas variações de família possíveis (ou seja, sem distinções também entre os tipos de filiação), admitindo a preponderância do princípio da isonomia, bem como a valoração dos direitos humanos.

De mesmo modo o Pacto de Direitos Civis e Políticos traz em seu art. 24, §1º a vedação a discriminação pelo nascimento, buscando evitar confrontos, políticos, étnicos e morais.

> Artigo 24. §1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. §2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome.
>
> §3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.

Assim sendo, tem-se a congruência de ideologia, pois tanto as leis editadas pelo Brasil quanto os tratados ratificados tem por finalidade a garantia da mesma proteção ao menor.

Para que tal proteção seja efetivada não basta apenas o destino de verbas e investimento em políticas públicas, devem ser propiciados todos os meios de garantia à plena inserção em sociedade, para que a criança passe a ser efetivamente uma cidadã brasileira.

A fim de que tal premissa se concretize, cumpre ao Estado, fornecer todos os meios para que esta criança que adveio do exterior não seja mais vista como estrangeira, e sim como uma nacional, podendo fruir de todos os recursos disponíveis como se brasileira fosse.

2.5 Convenção Sobre os Direitos da Criança

Traz fortemente o conceito de pleno gozo dos atos da vida civil e social, ou seja, o direito que a criança e o adolescente devem ter de integrar ativamente a sociedade, participando de ambientes propícios ao seu desenvolvimento.

Dispõe especificamente sobre a nacionalidade em seu artigo 7º:

> Artigo 7º 1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade

> e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles. 2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida.

Tal artigo entrelaça as normas de direito nacional e estrangeiro ao determinar primeiramente o direito da criança em possuir uma nacionalidade e posteriormente nas obrigações que os Estados adquirem para si por relações internacionais.

Neste sentido, tem-se que o próprio procedimento de adoção internacional é um meio de cooperação internacional que visa garantir que uma criança sem perspectivas de adoção seja inserida em um grupo familiar.

Tal cooperação gera uma responsabilidade, tanto para o Estado de origem da criança que deverá tomar todas as medidas possíveis para que seu nacional não seja vítima de tráfico internacional e seja devidamente alocado, para que não haja incompatibilidade do procedimento e este deva ser desfeito, quanto para o país de acolhida que assumirá a responsabilidade sobre um menor e deverá tratá-lo como se seu nacional fosse.

Quando tal obrigação é assumida, ela deve ser integralmente cumprida, e o principal preceito que deve ser relativizado para a efetivação é a própria soberania nacional, eis que o compromisso assumido por ambos os países reconhece tacitamente a ampla transferência do menor, inclusive em termos de nacionalidade, eis que irá responder perante a autoridade do país acolhedor.

Assim, deve ser buscado um justo meio entre o que é de direito da criança, a sua participação nas tomadas de decisões e as delimitações do ordenamento jurídico brasileiro, para que não haja prejuízo irreversível para o menor.

2.6 Convençãode Haia

O próprio preâmbulo da convenção de Haia dispõe que o procedimento de adoção internacional seja visto com excepcionalidade, buscado a proteção do menor que não terá condições de obter o convívio familiar no seu país de origem, para tanto pugna que seja seguindo o interesse do menor quanta a efetivação, ou não, da adoção:

> Reconhecendo que a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente à criança para quem não se possa encontrar uma família adequada em seu país de origem; Convencidos da necessidade de prever medidas para garantir que as adoções internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e com respeito a seus direitos fundamentais.

Os artigos da Convenção disciplinam especificamente quanto ao procedimento a ser realizado para a concretização da adoção, salientando a necessidade de cooperação entre os estados, de modo a acordarem da melhor forma a efetivação do procedimento e da análise quanto aptidão dos adotantes.

Destaca ainda quanto a necessidade da criança estar ciente de todo o procedimento

que vem sendo realizado, bem como que seja oportunizado a ela exprimir a sua vontade de ser internacionalmente adotada, ainda que não possua condições totais de compreender a totalidade do procedimento.

Tal premissa advém justamente da necessidade de primazia do interesse do menor, tendo em vista que o procedimento influenciará diretamente nas suas relações sociais.

Todo o procedimento de adoção internacional está voltado para o bem estar da criança, sendo ele criado e oportunizado para preencher uma lacuna social cujo país de origem não esteve apto a resolver, devendo o país de acolhida tomar todas as medidas cabíveis à sua efetivação.

Especificamente quanto à nacionalidade do adotado, consoante salienta Ângela Christina Boelhouwe Montagner:

> Como se trata de matéria constitucional, não foi possível tratá-la expressamente no texto da Convenção da Haia sobre adoção. Contudo, para contornar esse impedimento material, foi estabelecido que as sentenças estrangeiras sobre adoção internacional tivessem homologação automática, produzindo imediatamente seus efeitos no país de acolhida da criança, sendo desnecessária a concessão de ***exequatur,***incluindo-se aí a concessão da nacionalidade. (2009; 05)

Deste modo, por mais que haja uma lacuna legislativa ante a incompetência internacional para legislar sobre questões de soberania nacional, tem-se a criação de alternativas que visam a maior integração da criança em sociedade, a sua proteção e efetivação de direitos, como os da nacionalidade.

3 | ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Para que o tema seja abarcado em sua totalidade, concluindo pela possibilidade ou não da opção de nacionalidade por crianças adotadas internacionalmente, faz-se necessário analisar como o tema vem sido debatido no âmbito jurídico nacional.

Deste modo, será efetuada uma breve análise jurisprudencial das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais.

3.1 Tribunal Regional Federal da 1ª Região

O primeiro caso paradigma trata-se de pedido de reconhecimento da opção de nacionalidade provisória de duas infantes estadunidenses adotadas por mulher brasileira.

Embasa o pedido principalmente no fato de que o registro de adoção foi devidamente transcrito no consulado do Brasil em Boston, apresentando todos os documentos necessários para a procedência do pedido.

A sentença de primeiro grau restou negativa, sob os seguintes argumentos:

> O presente caso revela especificidade digna de especial consideração, qual seja, as requerentes não são filhas naturais de brasileiro, forma adotadas,

> no exterior, pó casal composto de pai cambojano e mãe nacional. Essa particularidade, a meu ver, afasta qualquer chance de se aplicar a regra constante da alínea ‘c’ do inciso I do art. 12 da CF/88, pois, filhas naturais de alienígenas, não se tem como admitir que as requerentes possam por alguma forma, adquirir a nacionalidade brasileira, seja pelo critério ‘ius soli’ (não nasceram em território nacional), seja pelo ‘ius sanguinis’ (não são filhas naturais de brasileiros).

Inconformada com o parecer o magistrado, a parte autora interpôs recurso, visando que o pedido fosse apreciado no segundo grau de jurisdição, momento em que poderiam ser reconsiderados os seus argumentos iniciais.

A tese recursal esteve embasada no fato de que o direito civil garante a igualdade de filiação entre adotante e adotado, assim, não há como restringir a interpretação constitucional dos critérios para consideração de brasileiro nato entre uma criança trazida do exterior e uma criança residente no Brasil.

Essa tese deixou se ser acolhida em segundo grau, tendo sido negado provimento ao recurso:

> PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. OPÇÃO DE NACIONALIDADE. FILHAS ADOTIVAS. MÃE BRASILEIRA.ARTIGO 12, I, ALÍNEA ‘C’, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ARTIGO 227, § 6º, DA CRFB/88. EQUIPARAÇÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. 1.
>
> Trata de ação de jurisdição voluntária, por meio da qual buscam as autoras, filhas adotivas de brasileira, que nasceram nos Estados Unidos, com fundamento na alínea ‘c’ do inciso I do art. 12 da CF/88, a “transcrição do termo de nascimento em Cartório de Registro de Nascimento de Pessoas Naturais”, em Belo Horizonte/MG, com opção provisória de nacionalidade, a ser ratificada após a maioridade. 2. O art. 12, I, alínea ‘c’ da CFRB/88 estabelece que são brasileiros natos, os nascidos de pai ou mãe brasileiros, em solo estrangeiro, o que restou comprovado que não é o caso das autoras, que se ligam a mãe brasileira pelo vínculo da adoção. 3. “O art. 227, § 6º, CRFB/88, bem como a legislação infraconstitucional (o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente), garantem tratamento sem discriminação aos filhos adotivos, equiparando-os aos biológicos, para fins civis e sucessórios. In casu, cuida-se de um direito público ligado à soberania do Estado, que a Carta Magna trata de forma particularmente restritiva.” (Relator Desembargador Federal Frederico Gueiros, DJU de 07/03/2008, p. 713). 4. Não há previsão constitucional para que seja concedida a condição de brasileiros natos aos filhos adotivos de brasileiros, que tenham nascido no exterior. Não há assim, que se falar em relativização do critério do ius sanguinis adotado pelo Estado Brasileiro. 5. Apelação não provida. Sentença mantida. (Apelação Cível n. 00240075420114013800)

O Tribunal fundamenta sua tese na existência de precedentes quanto a impossibilidade de reconhecimento da opção de nacionalidade para estrangeiros, complementando a tese ao afirmar que os princípios da igualdade de filiação trazidos pelo direito de família são aplicáveis especificamente em questões civis e sucessórias, não podendo ser aplicado em casos Constitucionais.

Em que pese os princípios específicos do direito de família possam versar apenas sobre estes casos, cumpre salientar que a Constituição Federal também preceitua a igualdade e a não distinção entre estrangeiros e brasileiros, podendo, por analogia, aplicados os próprios princípios Constitucionais ao caso.

Até porque tem-se o apoio junto aos tratados e convenções internacionais que versam sobre o direito das crianças, vez que requerem que sejam sempre utilizada a interpretação mais benéfica ao menor.

3.2 Tribunal Regional Federal da 4ª Região

O caso paradigma do TRF-4 destoa do anterior, pois foi julgado procedente em primeiro grau, sendo concedida a nacionalidade brasileira para a criança adotada.

Entretanto, a União interpôs recurso, sob o fundamento de que estariam sendo violados preceitos constitucionais e questões de soberania Nacional, pugnando pela reforma da decisão do magistrado de 1º grau.

Tal recurso foi provido, consoante ementa:

> JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. OPÇÃO DE NACIONALIDADE. FI LHA ADOTIVA DE BRASILEIRA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. A nacionalidade é expressão de soberania do Estado, sujeita a normas rígidas, não podendo ser flexibilizadas para preponderância da vontade do indivíduo ou de seus interesses. Caso em que a requerente não preenche os requisitos para concessão da nacionalidade brasileira, seja pelo critério geral do nascimento no território nacional (art. 12, I, *a*, da CF), seja pelos critérios específicos do indivíduo nascido no exterior que tenha relação consangüínea com brasileiro (art. 12, I, *b* e *c*, da CF), hipóteses essas que são taxativas. Apelação provida para reformar a sentença e julgar improcedente a ação. (Apelação Cível n 5020433-04.2014.4.04.7112)

Ainda, na fundamentação destaca o relator que:

> A nacionalidade é expressão de soberania do Estado, sujeita a normas rígidas, não podendo ser flexibilizadas para preponderância da vontade do indivíduo ou de seus interesses. Neste âmbito, o Brasil adotou o critério geral do nascimento no território nacional (art. 12, I, *a*, da CF) e adotou outros critérios específicos do indivíduo nascido no exterior que tenha relação consangüínea com brasileiro (art. 12, I, *b* e *c*, da CF), hipóteses essas que são taxativas. No presente caso, o pedido está embasado no artigo 12, I, *c*, da CF/88, o qual prevê que **os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira é que tem direito à nacionalidade brasileira**: *Art. 12. São brasileiros: I - natos: (...) c)* ***os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira****, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou* ***venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;*** Esta norma constitucional não dá a condição de brasileiro nato aos filhos adotivos de brasileiro, que tenham nascido no exterior, concluindo-se, então, que **a requerente não preenche os requisitos para obtenção da nacionalidade brasileira**. Quanto à aplicação do art. 227, § 6.º, da CF, o qual impede a distinção entre filhos biológicos e adotivos, entendo que esta

> norma não é aplicável à **opção** de nacionalidade porque ambas são normas de mesma hierarquia, mas esta é geral e, por isso, não se sobrepõe àquela, que é especial (...)

Deste modo, tem-se o entendimento firmado pelo Tribunal que a concessão da nacionalidade brasileira para o adotado internacionalmente corresponde a uma flexibilização das normas constitucionais, não podendo ser reconhecida, ante ao fato de que refletiria apenas o benefício do próprio indivíduo.

Ocorre que ao mesmo tempo que pode ser entendido, pelo viés prático, como uma flexibilização de direitos, também pode ser interpretado pela aplicação dos próprios princípios da Constituição Federal.

Devendo sempre ser destacado o compromisso que o estado brasileiro assume ao admitir que uma criança estrangeira seja adotada e passe a residir em solo nacional, tal compromisso reflete tanto na manutenção do seu bem estar, quanto na efetiva inserção da criança em sociedade.

Para que ela seja efetivamente inserida a criança terá que enfrentar barreiras linguísticas, culturais e sociais, pois o modo de agir e até mesmo a aparência física dos indivíduos se altera de acordo com a região de nascimento.

Portanto, não deveriam ser criados óbices a sua plena inserção em sociedade, até porque no momento em que ela passa a ser cidadã brasileira, perde todos os vínculos com o seu país de origem, não possuindo meios para regressar, salvo se a adaptação com a nova família não ocorrer de forma devida.

Resta evidente, que a própria legislação, em que pese crie meios de resguardar a proteção do menor e busque garantir que ele tenha uma vida plena, possuindo todos os direitos que qualquer outro adotado poderia fruir, ela também cria barreiras para a plena integralização destes direitos, estando a sua aplicação restrita a interpretação do julgador.

4 I CONCLUSÃO

Ande o exposto, extrai-se que o procedimento de adoção internacional é tido como algo excepcional e envolto em requisitos que buscam garantir a maior proteção da criança, que deve estar ciente de todo o processo, assim como exprimir a sua vontade em ser adotada.

Quando é abordada a legislação aplicável ao caso, tem-se diversas previsões, tanto constitucionalmente falando, quanto de leis ordinárias ou até mesmo tratados internacionais.

Cumpre aqui salientar que todos estão envoltos em princípios, que devem trazem os fundamentos da sua positivação e fornecem as diretrizes de interpretação normativa.

Estes princípios se voltam pela primazia do interesse do menor, e a sua proteção, pois ele é o polo hipossuficiente da demanda, até por se tratar de duas nações soberanas que dialogam em termos de soberania e proteção dos seus cidadãos.

Quando um Estado afirma não possuir condições de integrar uma criança plenamente

em sociedade tendo outro Estado assumido o papel de fazê-lo, está presente uma troca de soberanias, onde um cede o seu nacional para que ele integre um outro núcleo, e consequentemente faça parte de um novo ordenamento jurídico.

Essa troca deve ser respaldada na plena integração do menor em sociedade, devendo ser garantidos todos os meios de um pleno desenvolvimento harmônico e saudável, o que só poderá ocorrer quando ele for considerado como brasileiro (no presente caso).

Os critérios constitucionais quando a aquisição de nacionalidade são claros ao oportunizar que seja requerida, através da opção de nacionalidade, a nacionalidade originária apenas para aqueles indivíduos que sejam filhos de brasileiros (possuam o mesmo sangue) ou para aqueles que tenham nascido em solo nacional.

A jurisprudência firma seu entendimento no sentido de que a interpretação extensiva constitucional em casos de nacionalidade fere a soberania nacional, não podendo ser concretizada em benefício de um indivíduo, bem como tem seu posicionamento firme quanto a restrição na aplicação do princípio da igualdade de filiação apenas para fins sucessórios e civis.

Assim, de primeira análise seria inviável o procedimento.

De outro norte, existem doutrinadores que vem entendendo que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem força de emenda constitucional, podendo inclusive tornar inaplicável lei ordinária ou determinação infraconstitucional (o que discorda o STF).

Como Ângela Christina Boelhouwe Montagner, que afirma que:

> se faz necessário o reconhecimento da nacionalidade, de modo especial para a criança adotada por estrangeiros. O reconhecimento da nacionalidade no país de acolhida está atrelado ao princípio do melhor interesse e à doutrina da proteção integral como um todo, para que a criança seja inserida na ordem de proteção do Estado para onde foi deslocada. (2009, p. 07)

Com base em tal preceito, as normas constitucionais quanto à nacionalidade deveriam ser interpretadas de forma suplementar (pela especialidade) com os tratados internacionais, de forma a garantir a concretização do procedimento pela necessidade do menor em não ser privado de uma nacionalidade e com ela ser plenamente integrado no ordenamento jurídico.

Ressalta-se que este posicionamento é um pensamento que vem se consolidando através de doutrinadores liberais que pregam a extensão na aplicação de tratados internacionais em detrimento da Constituição quanto mais benéficos ao indivíduo.

Entende-se que o procedimento é passível de reconhecimento e realização, mas que para tanto, faz-se necessária a adequação do pensamento dos juristas com as novas interpretações que vêm sendo trazidas ao direito, bem como pela integralização das nações através da globalização, vez que a própria soberania da nação já é um conceito que atualmente encontra-se em alteração.

Quando a normatização a ser aplicada, trata-se de questão de direito puramente interno, cujo direito internacional deve servir de forma complementar, fornecendo, através dos tratados e convenções internacionais, os meios de interpretação extensiva da constituição necessários para o reconhecimento do direito.

REFERÊNCIAS

ALLEMÃO. Flávia Maria Aieres Freire. Antinomias entre os tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno brasileiro**. Revista Eletrônica Díke**. v. 1, ano 2011. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/07/Antinomia-Flavia- Allemao.pdf>. Acesso em 03 de maio de 2019.

Adoção Internacional: estrangeiros buscam irmãos e crianças mais velhas. 2016. Disponível em: < http://www.mpgo.mp.br/portal/noticia/adocao-internacional-estrangeiros-buscam- irmaos-e-criancas-mais-velhas#.XNr3KUhv_IW>. Acesso em 14 de maio de 2019.

BRASIL. Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras. **Fluxo de Habilitação de Pretedentes Residentes no Brasil para Adoção Internacional em Países Ratificantes da Convenção de Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional.** Brasília, DF, 2013. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/sua- protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/arquivos/fluxo-de-habilitacao-de- residentes-no-brasil-aprovado-em-18-12-2013.pdf> Acesso em 20 de junho de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 3174, de 16 de setembro de 1999.** Designa as Autoridades Centrais encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, institui o Programa Nacional de Cooperação em Adoção Internacional e cria o Conselho das Autoridades Centrais Administrativas Brasileiras. Brasília, DF, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3174.htm>. Acesso em 20 de junho de 2018

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em 04 de outubro de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.419, de 18 de julho de 2005.** Regulamenta a Atuação de Organismos Estrangeiros e Nacionais de Adoção Internacional. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f83e01f1-aa80-4bdc-8027- 1f04402a7c5a&groupId=10136> Acesso em 20 de junho de 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF, 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 20 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm> Acesso em 20 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 20 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015- 2018/2015/lei/l13105.htm#art960> Acesso em: 20 de junho de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em 04 de outubro de 2018.

BRASIL. **Lei de 22 de setembro de 1928**. Extingue os Tribunais das Mesas do Desembargador do Paço e da Consciência e Ordens e regula a expedição dos negócios que lhes pertenciam e ficam substituindo. Rio de Janeiro, RJ, 1928. Disponível em: < http://www.camara.leg.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp- K_12.pdf#page=2> Acesso em 20 de junho de 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n. 00240075420114013800. Apelante: Annalee Viana Pat. Relator: desembargador federal Kassio Nunes Marques. Brasília, 11 de setembro de 2015. Disponível em: < https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml;jsessionid=NBXfyP6XUpv8fjtX0vY A1PXorALTt1350g67h5vZ.taturana05-hc03:juris-trf1_node01> Acesso em 15 de maio de 2019

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 5020433- 04.2014.4.04.7112. Apelante: Advocacia Geral da União. Relator: Desembargador Federal Cändido Alfredo Silva Leal Junior. Porto Alegre, 05 de dezembro de 2017. Disponível em: < https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8008259>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 58.736. Apelante: Wagner Bueno Cateb. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro, 29 de abril de 1996. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=19 9500006707&dt_publicacao=29/04/1996>. Acesso em 15 de maio de 2019

BRAGA, Wladimir Flávio Luiz. **Direito Positivo, Positivismo e Jusnaturalismo.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26066-26068-1-PB.pdf> Acesso em 14 de maio 2019.

BATISTA, Roberto Carlos. **Antinomias Jurídicas e Critérios de Resolução.** Brasília: 1998. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp- content/uploads/wpforo/attachments/20778/2821-Artigo-Antinomias-Jurdicas-e-Critrios-de- Resoluo-Roberto-Carlos-Batista-1998.pdf> Acesso em 03 de maio de 2019

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ Serviço: Entenda Como Funciona A adoção Internacional.** 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81164-cnj- servico-entenda-como-funciona-a-adocao-internacional> Acesso em 20 de junho de 2018.

CAVALCANTE, Lara Capelo. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da produção da existência em todas as suas formas.** 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049145.pdf> Acesso em 14 de maio de 2019.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. **Adoção Internacional – Brasil e Estados Unidos.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%202.pdf?d=63668044 4556135606> Acesso em 14 de maio de 2019.

DIVISÃO DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA PARLAMENTAR. **Processo de Adoção.** 2017. Disponível em: < https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/Processo_Adocao.pdf> Acesso em 14 de maio de 2019

DIAS, Daniela S. **Soberania:** A legitimidade do poder estatal e os novos rumos democráticos. Brasília: 2011. Disponível em: < repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5183/Princípio da igualdade. pdf?sequence=1> Acesso em 03 de maio de 2019

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_home m.pdf> Acesso em 14 de maio de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias.** 9ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito Constitucional.** 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Direito de Família:** As Famílias em Perspectiva Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACEDO, Fabio. **História da Adoção Internacional de Crianças:** um perfil franco- brasileiro (1990-2006). São Paulo, 2011. Disponível em: < http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1312985353_ARQUIVO_FMacedo_Texto Anpuh2011_Versaoagosto.pdf> Acesso em 20 de junho de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira de; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTAGNER, Ângela Christina Boelhouwer. Adoção Internacional e a Nacionalidade da Criança Adotada. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, vol. 6, n. 2, jun/dez 2009). Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/903>. Acesso em 02 de outubro de 2018.

MORENO, Alessandra Zorzetto. **“Criado como filho”**: as cartas de perfilhação e a adoção no império luso-brasileiro. Campinas, 2006. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332006000100020> Acesso em 20 de junho de 2018.

MORENO, Alessandra Zorzetto. **Adoção:** Práticas Jurídicas e Sociais no Império Luso- Brasileiro. São Paulo, 2009. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/his/v28n2/15.pdf> Acesso em 20 de junho de 2018.

PAULO, Vicente de; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 16 ed. São Paulo: MÉTODO, 2017.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. Disponível em: < www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm> Acesso em 29 de abril de 2019.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. **Hans Kelsen:** Filosofia Jurídica e democracia. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p235.pdf> Acesso em 14/05/2019.

SZNICK, Valdir. **Adoção.** Direito de família, Guarda de Menores, Tutela, Pátrio Poder, Adoção Internacional. 3 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, 1999.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Documentos Para a Adoção Internacional.** Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/infancia-e-juventude/adocao- internacional> Acesso em 20 de junho de 2018.

CAPÍTULO 4

CONTRATO DE NAMORO E A UNIÃO ESTÁVEL: UM BREVE ESTUDO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO

Data de aceite: 25/03/2021
Data de submissão: 04/01/2021

Daniela Braga Paiano
Universidade de São Paulo (USP)
Professora adjunta da Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Londrina – Paraná
http://lattes.cnpq.br/0598909153586648

Beatriz Scherpinski Fernandes
Universidade Estadual de Londrina
Londrina – Paraná
http://lattes.cnpq.br/0541783142127324

Matheus Filipe de Queiroz
Universidade Estadual de Londrina
Londrina – Paraná
http://lattes.cnpq.br/4145334736476847

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo diferenciar o contrato de namoro da União Estável, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, bem como realizar uma breve análise entre a União Estável brasileira com o *Common Law Marriage* e apresentar o *Agreement of Joint Intent Not to Have a Common Law Marriage* – que funciona como um contrato de namoro no ordenamento jurídico americano. Nesse sentido, o estudo aborda o que pode ser entendido como contrato de namoro no Brasil, discutindo sua validade jurídica e eficácia. Após, apresenta-se uma comparação entre a União Estável e o *Common Law Marriage*, onde se discutem os requisitos que são primordiais para cada ordenamento jurídico, que é a divergência entre ambos. Posteriormente, descreve-se como o *Agreement of Joint Intent Not to Have* funciona no ordenamento jurídico norte-americano, justificando a validade do contrato de namoro no Brasil. Para tanto, utilizou-se do método de pesquisa dedutivo, de carácter bibliográfico para realizar a presente pesquisa, alinhado aos ordenamentos jurídicos brasileiros e americanos, pautando-se, ainda, do ensinamento de doutrinadores e pesquisadores que abordam a temática. Por fim, conclui-se pela possibilidade de aplicação e validade do contrato de namoro, da mesma forma que o *Agreement of Joint Intent Not to Have a Common Law Marriage* age no ordenamento jurídico norte-americano, como forma de afastamento do reconhecimento de União Estável, conforme as intenções reais do casal que formaliza o contrato de namoro no ordenamento brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de Namoro. Contratualização Familiar. Commow Law Marriage. União Estável.

DATING CONTRACT AND THE STABLE UNION: A BRIEF STUDY BETWEEN THE BRAZILIAN AND NORTH AMERICAN LEGAL ORDER

ABSTRACT: The present work aims to differentiate the dating contract of Stable Union, from the perspective of the Brazilian legal system, as well as perform a comparison between the Brazilian Stable Union with the Common Law Marriage and to present the Agreement of Joint Intent Not to Have a Common Law Marriage - which functions as a dating contract in the

American legal system. In this sense, the study adresses what can be understood as a dating contract in Brazil discussing its legal validity and effectiveness. Then, a comparison is presented between the Stable Union and the Common Law Marriage, where the requirements that are essential for each legal system are discussed, which is the divergence between both. Subsequently, it is described how the Agreement of Joint Intent Not to Have works in the North American legal system, justifying the validity of the dating contract in Brazil. For that, was used the deductive research method, of bibliographic character to carry out the present research, in line with the Brazilian and American legal systems, also based on the teaching of doctrines and researchers that address the theme. Finally, it concludes by the possibility of application and validity of the dating contract, in the same way that the Agreement of Joint Intent Not to Have a Common Law Marriage acts in the North American legal system as a way of removing the recognition of Stable Union according to the real intentions of the couple that formalizes the dating contract in the Brazilian system.
KEYWORDS: Dating Contract. Family Contracting. Commow Law Marriage. Stable Union.

1 I INTRODUÇÃO

A sociedade passou por diversas modificações no decorrer dos anos, de modo que as relações familiares não possuem o mesmo formato que antigamente, o que permitiu mudanças nas relações tradicionais e a criação de novos modelos de família.

O namoro, por sua vez, é um tipo de relação muito antigo, em que pode ser considerado como uma fase inicial, de preparação para um noivado e posterior união. O ato de namorar, sempre foi algo que pedia muito respeito na sociedade antiga, de modo que os casais precisavam namorar no sofá de casa e por vezes, só podiam manter relações sexuais após o casamento, sofrendo influências do cristianismo. Não obstante, caso acontecesse de a mulher engravidar do namorado, seus pais a obrigavam a casar com este, para que não fossem julgados pela sociedade.

Assim, vê-se que o namoro passou por diversas transformações, de modo que na sociedade moderna, admitiu uma certa flexibilização dessas regras e daquilo que é tradicional. As relações interpessoais são muito mais líquidas atualmente, num cenário muito mais diferente do que antes, sendo a intenção de constituir família algo muito relativo entre os casais de namorados e que muitos não possuem entre si, motivo pelo qual surge o contrato de namoro, que será o tema principal deste estudo.

O presente trabalho aborda o contrato de namoro como uma forma dos namorados regularem as suas intenções de manterem o relacionamento da forma que estão momentaneamente.

Por isso, difere-se o namoro da união estável para demonstrar a possibilidade de afastar a caracterização desta por meio do contrato de namoro, elucidando ainda como isso é realizado em outro ordenamento.

Consequente a isso, utilizar-se-á como metodologia para o presente estudo, o método dedutivo, caracterizado pelo modo bibliográfico, recorrendo a pesquisadores e

doutrinadores do ordenamento jurídico brasileiro, comparando-o ao norte-americano, com o intuito de obter o resultado desejado.

2 I CONTRATO DE NAMORO NO BRASIL

A pós modernidade trouxe situações inovadoras para o Direito de Família, caracterizando-as pela liquidez das relações, onde se prioriza por algo que não se tenha tanto a formalidade de antigamente, de modo que a própria sociedade possa negociar os seus interesses – criando suas próprias regras. A contemporaneidade é marcada pela busca da felicidade entre as pessoas, as quais acabam por criar novas relações familiares, afastando do Estado a intervenção na vida privada das famílias.

É nesse ambiente de privatização das relações familiares que surge a contratualização do Direito de Família, dando surgimento a alguns tipos de autorregulação dos interesses interpessoais no âmbito familiar, fruto de um negócio jurídico que surge "como atos por meio dos quais os particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses das suas recíprocas relações" (BETTI, 2008, p.74) citando por exemplo o contrato de namoro.

No XII Congresso Brasileiro de Direito de Família e Sucessões que ocorreu em Minas Gerais no ano de 2019, em uma mesa redonda em que se discutia a eficácia jurídica dos contratos de namoro, Leonardo Amaral Pinheiro da Silva explica alguns termos de relacionamentos atuais para chegar ao namoro, exemplificando a liquidez vivida, quando conceitua:

> O que é uma ficada, o conceito jurídico que trazemos? é o compartilhamento de uma pessoa por uma noite e etc., mas sem evoluir numa relação sexual, porque se houve uma relação sexual você já tem uma ficada mais profunda, uma saída. [...] Ainda temos o conceito de amizade colorida [...] é a ficada, saída perpetuada no tempo, sem obrigações. Se nessa amizade colorida evoluiu para uma relação que precisa, há necessidade de uma obrigação aí você já tem o namoro propriamente dito.[1]

Não obstante, é primordial conceituar o namoro para se tratar da relação jurídica que pode originar deste relacionamento. Logo, "namoro é o relacionamento entre duas pessoas sem caracterizar uma entidade familiar. Pode ser a preparação para constituição de uma família futura" (PEREIRA, 2020, p. 180).

O contrato de namoro pode ser entendido como a declaração do casal fixando que o relacionamento existente entre eles é apenas um namoro, não ultrapassando essa barreira. Neste viés, Rodrigo da Cunha Pereira (2019) conceitua-o como "a declaração de vontade de duas pessoas para estabelecer que aquela relação é apenas um namoro".

1 Palestra proferida pelo professor Leonardo Amaral Pinheiro da Silva em uma mesa redonda sobre a temática "Qual a eficácia jurídica dos contratos de namoro? O contrato de união estável pode dispor de efeito retroativo?" no XII Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e Sucessões do IBDFAM, que ocorreu em Belo Horizonte – MG, em outubro de 2019. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=tantZVRMWM8>.

Leonardo Amaral Pinheiro da Silva (2010), aduz que o “pacto de namoro visa, na realidade, declarar que o casal vive uma relação de afeto, mas sem compromisso, circunstância que não envolveu, não envolve e não envolverá consequências patrimoniais”.

Segundo Marília Pedroso Xavier (2011, p. 52), “o amor líquido e o direito de família mínimo são, portanto, as duas premissas basilares que permitem o exame do contrato de namoro, servindo como verdadeiros sustentáculos dessa figura”. Diante disso, tem como ponto fundamental do namoro o amor líquido, onde uma relação que não deu certo, não precisa ser sustentada se não traz felicidade a o casal.

A necessidade de se regulamentar o contrato de namoro se origina na vontade das partes que o relacionamento existente entre elas não configure uma união estável. Partindo dessa premissa, para diferenciar o contrato de namoro, se faz necessário apresentar anteriormente, os requisitos da união estável, previstos no Art. 1723 do Código Civil, onde consta no caput que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

O contrato de namoro, surgiu após a regulamentação da união estável, gerando preocupações em casais que possuíam os critérios que configurariam uma união estável, mas que não possuíam o interesse em constituir família. Preocupados com a possibilidade da comunicação de bens, viram a necessidade de regulamentar que aquilo, de fato, não passasse de um namoro. Contudo, entende-se pela necessidade de sua regulamentação, por conta da “linha tênue existente entre o namoro e a união estável” (PEREIRA, 2019).

A liquidez dos tempos e a redução de sinais machistas na sociedade atual, fizeram com que o direito avançasse, dando a oportunidade de que as pessoas possam declarar a sua própria vontade, tendo autonomia para tanto. Logo, “com a evolução dos costumes, a quebra do tabu da virgindade, a enorme velocidade com que se estabelecem os vínculos afetivos, ficou difícil identificar se o relacionamento não passa de um simples namoro ou se é uma união estável” (DIAS, 2017, p. 273).

Rolf Madaleno (2017, p. 1.697) no mesmo sentido menciona que “o afrouxamento dos costumes, associado à igualdade e liberdade dos gêneros sexuais, a convivência informal, que não reconhecia efeitos jurídicos era um porto seguro para o livre e descompromissado exercício das relações afetivas”.

Rodrigo da Cunha Pereira (2019) ressalta que o contrato de namoro “tornou-se um instrumento de proteção à vontade das partes”, onde por meio de atos jurídicos “provejam à satisfação desses interesses, efetivando a tutela de que eles já gozam” (BETTI, 2008, p. 42). Nesse sentido, tem-se que as partes, através da efetivação do contrato de namoro, buscam apenas tutelar algo que eles já exercem, ressalvando direitos.

Essa visão, que é uma característica muito forte do contratualismo familiar, onde impera a autonomia privada, nada mais é do que “a liberdade de regular por si próprias ações” (PERLINGIERI, 2002, p. 16), permitindo então que essa regulamentação dos

interesses das partes venha a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico, pela liberdade de contratar.

Desta forma, firma-se um “contrato para assegurar a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro” (DIAS, 2017, p. 273), de modo que se respeite a vontade do casal em não constituir uma família momentaneamente, não vindo a se confundir com a união estável.

Cabe lembrar, ainda, que há a possibilidade da conversão do namoro em união estável, cujo contrato “pode-se estabelecer se o namoro se transformar em união estável, as regras patrimoniais ficam desde já ali estabelecidas” (PEREIRA, 2019), podendo o casal definir o regime de bens previsto em lei ou até mesmo de acordo com suas particularidades.

Quando se fala sobre a validade jurídica do contrato de namoro, há uma divergência na doutrina, de forma que pode ser válido esse contrato até quando não venha a colidir com a união estável, uma vez que sem a percepção do casal, o relacionamento pode ter deixado de ser um namoro e se tornado uma união estável.

Carlos Roberto Gonçalves (2019, p.713) acredita que “o denominado “contrato de namoro” tem, todavia, eficácia relativa”, de modo que a aparecência, publicidade e notoriedade “do relacionamento público caracterizarem uma união estável, de nada valerá o contrato dessa espécie que estabeleça o contrário” (GONÇALVES, 2019, p. 713). Já Rolf Madaleno por sua vez, quando trata da validade jurídica do contrato de namoro acredita que:

> (...) nenhuma validade terá um precedente contrato de namoro firmado entre um par afetivo que tencione evitar efeitos jurídicos de sua relação de amor, porque seus efeitos não decorrem do contrato e sim do comportamento socioafetivo que o casal desenvolver, pois, se com o tempo eles alcançaram no cotidiano a sua mútua satisfação, como se fossem marido e mulher e não mais apenas namorados, expondo sua relação com as características do artigo 1.723 do Código Civil, então de nada serviu o contrato preventivo de namoro e que nada blinda se a relação se transmudou em uma inevitável união estável (MADALENO, 2017, p. 1698).

Desta forma, vê-se a complexidade existente no assunto, pois a inafastabilidade do namoro à união estável é a vontade das partes de constituir família ou não. Consequente a isso, apesar de ser o meio existente contemporaneamente, “não conseguirão as partes impedir a eventual caracterização de uma união estável, cuja configuração decorre de elementos fáticos, não podendo ser bloqueada por um negócio jurídico” [...] Enfim, é válido, mas inidôneo, para o fim alvitrado” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 511).

Indubitavelmente, o amor não tem prazo de validade, sendo algo específico das pessoas e desenvolvido por elas com o decorrer do tempo. De igual forma, “o namoro não tem prazo de validade” (PEREIRA, 2020, p. 180), e assim considera-se primordial que o casal se atente para essas questões quando se fala do contrato de namoro.

Portanto, apesar de o contrato de namoro ainda não possuir uma regulamentação

no ordenamento jurídico brasileiro, há uma vasta discussão sobre a sua eficácia, bem como a sua diferenciação da união estável, evidenciando a autonomia das partes em pactuar os seus interesses da forma que entenderem, atentando-se para a não aplicação dos requisitos que configuram a união estável.

3 I A COMPARAÇÃO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E *COMMON LAW MARRIAGE*

A união estável é reconhecida pela Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 e pelo Código Civil (BRASIL, 2002) vigente como entidade familiar, para efeitos da proteção do Estado. Este instituto configura-se pela convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com a pretensão dos indivíduos de constituição de uma família.

Como convivência pública, entende Álvaro Villaça de Azevedo (2019, p. 240) que a união estável é um fato social tão exposto como o casamento, e que os companheiros são conhecidos como tal no local onde vivem, nos meios sociais, na comunidade.

A legislação brasileira constitucional e infraconstitucional não define o lapso temporal para a caracterização da união estável. "Na união estável a estabilidade decorre da conduta fática e das relações pessoais dos companheiros" (LÔBO, 2011, p. 173). Para Sílvio de Salvo Venosa (2013, p. 41), "apesar da importância do fator tempo para a constatação da união estável, esse fator não é absoluto, pois existem casos em que, independentemente do tempo da união, a entidade familiar fica caracterizada". Assim, as questões da continuidade e da durabilidade da união estável devem ser analisadas caso a caso.

O objetivo de constituir família é o fundamento da união estável como uma entidade familiar (AZEVEDO, 2019, p. 241). De acordo com Sílvio de Salvo Venosa (2011, p. 44), o *intuito familiae* "se traduz em uma comunhão de vida e de interesses" e é o elemento que diferencia a união estável de "um mero relacionamento afetivo entre os amantes".

Observa-se que o legislador não incluiu a coabitação como requisito para a caracterização da união estável. Álvaro Villaça de Azevedo (2019, p. 242) afirma que a "Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal pode até aplicar-se, analogicamente. Ele admite, na união estável, que os companheiros vivam sob tetos diversos." De acordo com Sílvio de Salvo Venosa (2011, p. 45 e 46):

> A experiência social demonstra que há uniões sólidas, duradouras e notórias sem que o casal resida sob o mesmo teto. O próprio casamento pode conter uma separação material dos cônjuges por motivos de saúde, trabalho, estudo etc. Não se trata, portanto, de elemento conclusivo.

Paulo Lôbo (2011, p. 178 e 179) destaca que entre os direitos e deveres dos companheiros, estão, além de outros, o poder familiar, a guarda, o reconhecimento de filhos, o sustento de filhos, a assistência moral e material. O regime de bens desse instituto é o da comunhão parcial de bens, desde que os companheiros não pactuem de maneira diversa, igualando a união estável ao casamento e, portanto, "há presunção legal de

comunhão dos bens adquiridos após o início da união” (LÔBO, 2011, p. 180).

Discute-se ainda a necessidade de diferenciação da união estável do namoro. Para Marília Xavier (2011, p. 85): “O ponto nevrálgico que diferencia a união estável das demais relações conjugais não matrimonializadas é o objetivo de constituir família. A opção legislativa de não pormenorizar o que afinal seria esse escopo tem sido alvo de críticas”. Essa diferenciação é necessária, considerando que o namoro não produz efeitos jurídicos, ou seja, não é um fato relevante para o Direito. Neste sentido:

> Mas há de ser ponderado o tênue equilíbrio entre o namoro e a união estável, pois aquele resulta inteiramente do ambiente de liberdade, que a Constituição protege, inclusive da incidência de normas jurídicas, permanecendo no mundo dos fatos. Namorar não cria direitos e deveres (LÔBO, 2011, p. 175).

A problemática dessa linha tênue é que a manifestação da vontade pura e simples das partes envolvidas não é suficiente para o afastamento da caracterização da união estável. Para Paulo Lôbo (2011, p. 172):

> Por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica. Pode até ocorrer que a vontade manifestada ou íntima de ambas as pessoas — ou de uma delas — seja a de jamais constituírem união estável; de terem apenas um relacionamento afetivo sem repercussão jurídica e, ainda assim, decidir o Judiciário que a união estável existe (LÔBO, 2011, p. 172).

Contudo, há ordenamentos jurídicos internacionais que adotam outros entendimentos a respeito da temática, proporcionando aos companheiros maior liberdade e autonomia para delimitar qual o tipo de relação existente entre eles.

Apenas a título de exemplo, Paulo Lôbo (2011, p. 172) cita em sua obra o modelo francês, que exige um contrato celebrado entre os parceiros, o pacto civil de solidariedade, para que efeitos sejam gerados.

Nos Estados Unidos da América, alguns estados apresentam um instituto semelhante à união estável, chamado de *common law marriage.*

“O chamado *common law marriage* é um instituto originário dos casamentos informais realizados na Europa antes da ocorrência da Contra-Reforma da Igreja Católica em 1563” (XAVIER, 2011, p. 99).

Com o Concílio de Trento, em 1563, a Igreja Católica alterou drasticamente as exigências para o casamento, afastando a informalidade. Na Inglaterra, mesmo após esse marco, os casamentos informais continuaram a existir até 1753, quando foram abolidos em um Ato de Parlamento. Contudo, esse instituto foi exportado para as colônias inglesas antes desse ano, e entre elas estava os Estados Unidos da América (XAVIER, 2011, p. 100).

Conforme explica Azevedo (2019, p. 94 e 95), nos Estados Unidos da América o

casamento de fato (*common law marriage)* é oriundo da lei comum da terra, um corpo de regras e condutas, herdado da Inglaterra e formado por precedentes e costumes. O casamento de fato “prescinde de qualquer licença e de qualquer cerimônia para sua realização”.

A respeito desse instituto norte-americano, Sílvio de Salvo Venosa (2011) afirma que: “para contrair casamento basta a convivência comum, sempre que ambos os companheiros se apresentem socialmente como marido e mulher” (p. 33), e que “basta que duas pessoas vivam publicamente juntas” (p. 87).

No que tange à comprovação da existência de *common law marriage*, Bowman (1996, p. 712 e 713) apresenta quatro elementos caracterizadores, elencados pela doutrina, quais sejam, a capacidade, a concordância entre as partes, a coabitação e a apresentação, perante a comunidade de amigos, família e vizinhos como marido e mulher.

Os precedentes dos tribunais são no sentido de que o casamento de fato não pode ser clandestino ou em segrego, e exigem que a parte que o alega apresente testemunhas que conheciam o casal como marido e mulher. Além disso, documentos como registros de hotel, contas hospitalares e extratos de contas conjuntas são meios de prova que podem se usados (COLE, 2007, p. 360).

Marília Xavier (2011, p. 101), apresentou um relevante caso concreto para a elucidação de como o tema é abordado nos tribunais norte-americanos dos estados que reconhecem o *common law marriage*:

> No caso *Copeland v. Richardson*, por exemplo, Betty e William haviam sido formalmente casados de 1974 a 1981. Após cerca de um ano da obtenção do divórcio judicial, o casal reatou a união e passou a residir novamente junto. Essa situação se perpetuou até 1987, ano em que William faleceu. Durante o processo de discussão de herança, uma filha que William havia tido antes de se casar com Betty requereu para si a totalidade dos bens do pai, tendo em vista que, à literalidade da lei, William era um homem divorciado.
>
> Diante disso, Betty procurou o Judiciário norte-americano para exigir seus direitos sucessórios na qualidade de esposa de ―*common law marriage‖*. O tribunal ouviu uma série de testemunhas e constatou que William e Betty de fato eram reconhecidos pela comunidade como marido e mulher[356]. Outras provas acolhidas pela corte foram a existência de conta bancária conjunta, a realização de viagens e a divisão de tarefas entre o casal durante os cinco anos que passaram juntos. Assim, foi reconhecido o casamento e os efeitos decorrentes dele (direitos sucessórios de Betty).

Em 2011, onze estados, além do Distrito de Columbia, reconheciam o *common law marriage.* Eram eles: “Alabama, New Hampshire, Colorado, Oklahoma, Rhode Island, Iowa, South Carolina, Kansas, Texas, Montana e Utah, além do Distrito de Columbia” (XAVIER, 2011, p. 100).

Entretanto, o Alabama, em 2016, e, mais recentemente, o estado de Carolina do Sul, em 2019, aboliram o reconhecimento do casamento de fato (WEISS, 2019).

Dessa forma, o movimento norte-americano é no sentido de exigência de formalidade para a produção de efeitos de um casamento.

Observa-se que as características do casamento de fato dos Estados Unidos da América são muito semelhantes às da união estável brasileira. Entende-se que os elementos da capacidade para se casar e da concordância entre as partes, em que pese não previstos na legislação, são implícitos à caracterização da união estável brasileira.

Contudo, enquanto no instituto norte-americano a publicidade é o elemento de maior relevância, a legislação brasileira dá uma maior atenção ao requisito do objetivo de constituir família, apesar de não dispensar a necessidade de apresentação do casal como se casados fossem. Além disso, enquanto lá se exige a coabitação, no ordenamento jurídico brasileiro esse não se trata de um requisito essencial.

Demonstradas as semelhanças e diferenças, nota-se que o *common law marriage* é o instituto norte-americano mais próximo da união estável vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

4 | O *AGREEMENT OF JOINT INTENT NOT TO HAVE A COMMON LAW MARRIAGE* E A COMPARAÇÃO COM O CONTRATO DE NAMORO BRASILEIRO

O instituto americano semelhante à união estável brasileira, chamado de *common law marriage*, é reconhecido com a presença da capacidade, concordância entre as partes, coabitação e apresentação pública do casal, como se casados fossem. Entretanto, ainda que esses elementos existam no caso concreto, pode o casal afastar o seu reconhecimento.

Primeiramente, o elemento do consentimento ou concordância entre as partes deve ser compreendido no sentido de que o casal deve concordar a respeito do *status* do relacionamento, equiparado ao casamento. Se um dos dois não se considerar como se casado fosse, não deve ser reconhecido o *common law marriage.*

Tendo em vista a informalidade do instituto, casais que não queiram o reconhecimento de seu relacionamento como um casamento podem firmar um acordo de intenções em comum para a não configuração de *common law marriage:*

> Eis que, diante da extensão de seus efeitos e da possibilidade de ser reconhecido em todo o território norte-americano, casais que não têm a intenção de sofrer efeitos do *common law marriage* adotam uma medida muito semelhante àquela defenda neste trabalho: assinam um acordo em que deixam claro o intento de não ver reconhecida essa modalidade matrimonial (XAVIER, 2011, p. 102).

Entre as motivações dos casais ao declarar suas intenções contrárias ao casamento informal, estão as questões de benefícios relativos ao seguro social, pensões e verbas alimentícias e dívidas de tratamento médico (XAVIER, 2011, p. 103).

O *agreement of joint intent not to have a common law marriage* garante às partes a autonomia privada, considerando que para “muitas pessoas, a intervenção do Estado no

relacionamento amoroso vivido é algo indesejado", e nem sempre um casal que coabita tem interesse em contrair um casamento (XAVIER, 2011, p. 102).

O Direito estadunidense reconhece um acordo semelhante ao acima tratado, chamado de *cohabitation agreement*, no qual podem ser estipuladas cláusulas atinentes ao compartilhamento de direitos de propriedades adquiridas durante a coabitação por casais que não são formalmente casados (HOLLINGSWORTH, 2018).

Gabrielle Hollingsworth (2018), afirma que a coabitação não afeta os direitos de propriedade de cada pessoa, que em regra, não está sujeita a configuração de propriedade conjugal. Neste sentido, o acordo de coabitação é ainda mais relevante nos estados americanos que não reconhecem o instituto conhecido como *common law marriage*.

A autonomia concedida aos indivíduos para pactuar o status do relacionamento, ou mesmo os direitos de propriedade de um casal que decidiu não se casar demonstram uma intervenção reduzida do Estado no âmbito privado.

Essa autonomia privada concedida às partes pode ser analisada como o objetivo maior da legitimação do contrato de namoro brasileiro, que não é regulamentado, ou mesmo proibido pelo ordenamento jurídico pátrio.

O "contrato de namoro é uma espécie de negócio jurídico no qual as partes que estão tendo um relacionamento afetivo acordam consensualmente que não há entre elas objetivo de constituir família" (XAVIER, 2020, p. 102). Assim, a própria estipulação do contrato de namoro já afastaria, em regra, um dos elementos obrigatórios para o reconhecimento da união estável, qual seja, o objetivo de constituir família.

Dessa forma, quando estiverem presentes todos os elementos, requisitos e características dos planos da existência, validade e eficácia do negócio jurídico, o contrato de namoro dever ser reconhecido, para todos os efeitos, a fim de que seja respeitada a vontade das partes de firmar um pacto que delimite o *status* de relacionamento vivenciado.

5 I CONCLUSÃO

O namoro difere da união estável pelo fato de enquanto no primeiro não há intenções de se constituir família, no segundo é um dos principais requisitos. Assim, tem-se o contrato de namoro como uma forma de pactuar as reais intenções do casal, de modo que não se confunda com a união estável.

De igual forma, quando se compara a união estável – do direito brasileiro – com o Common Law Marriage – do ordenamento jurídico norte-americano -, nota-se que por lá, a publicidade do casal é de relevância muito maior do que para o ordenamento jurídico brasileiro, onde predomina a intenção de constituir uma família.

Ademais, apresenta-se o formato do *agreement of joint intent not to have a common law marriage* para demonstrar que é completamente possível afastar a união estável caso o casal não tenha, de fato, a intenção de se estar em tal. A autonomia da vontade das partes,

nesse sentido, prevalece, prezando pela necessidade de as partes seguirem vivendo da forma que pactuaram.

Assim, o contrato de namoro surge no Direito para adentrar a contratualização familiar, dando maior autonomia às partes para regular suas vontades e declarar suas intenções, devendo o ordenamento por sua vez, respeitar a vontade devidamente pactuada.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-pub.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**; tradução: Servanda. Campinas, SP: Servanda, 2008.

BOWMAN, Cynthia Grant. A **feminist proposal to bring back common law marriage** (1996). Cornell Law Faculty Publications. Disponível em: https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1137&context=facpub. Acesso em:18 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 16 ago. 2020.

COLE, Charles D. **Common-law marriage in the contemporary United States**. Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v.27, p.357-365, jul./dez. 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6**: direito de família. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

HOLLINGSWORTH, Gabrielle. **Cohabitation and property rights**. 2018. Disponível em: https://www.legalmatch.com/law-library/article/cohabitation-and-property-rights.html. Acesso em: 26 ago. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **5 tipos de contratos de Direito de Família**. Disponível em: < https://www.rodrigodacunha.adv.br/contratos-de-direito-de-familia/> Acesso em 18 ago. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Leonardo Amaral Pinheiro da. Contrato de Namoro e a União Estável. **UNAMA**. V.15, n. 1, 2010. Disponível em: < http://revistas.unama.br/index.php/Movendo-Ideias/article/view/559/232#> Acesso em 20 ago. 2020.

WEISS, Debra Cassens. **South Carolina high court unties the knot for common-law marriage**. Disponível em: https://www.abajournal.com/news/article/south-carolina-high-court-unties-the-knot-for-common-law-marriage. Acesso em: 18 ago. 2020.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro:** amor líquido e direito de família mínimo. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 127 f. 2011. p. 95.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro:** amor líquido e direito de família mínimo. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CAPÍTULO 5

SENTENÇA ARBITRAL: A SUA FALTA DE EXECUTORIEDADE EM PREJUÍZO (OU NÃO) À EFETIVIDADE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM COMO UMA FORMA DE RESOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS ENTRE ESTADOS

Data de aceite: 25/03/2021
Data de submissão: 05/01/2021

Pedro Corrêa Júnior
Faculdades Integradas de Taquara
Taquara, RS
http://lattes.cnpq.br/8872986491839020

Aleteia Hummes Thaines
Faculdades Integradas de Taquara
Taquara, RS
http://lattes.cnpq.br/8476457830362221

RESUMO: Em razão dos meios de solução pacíficos de conflitos se mostrarem cada vez mais importantes e necessários no cenário internacional, para evitar a ocorrência de guerras que podem dizimar povos e culturas, no presente artigo buscou-se analisar o instituto da arbitragem, mais especificamente, com o objetivo de verificar se a falta de executoriedade em uma sentença arbitral acarretaria na ineficácia do instituto da arbitragem como um meio de resolução pacífica de conflitos entre Estados. Para atingir o objetivo analisou-se as sentenças arbitrais de casos que a Corte Permanente de Arbitragem (CPA) foi utilizada, doutrina especializada, legislações, tratados e protocolos internacionais. Neste sentido a presente pesquisa é de cunho bibliográfica e documental, pautando-se no método dedutivo. Por fim, concluiu-se que a falta de executoriedade na sentença arbitral não torna o instituto ineficaz para resolução pacífica de conflitos entre Estados, no entanto, deve ser aprimorado, para que evite injustiças quando ocorrer descumprimento do laudo arbitral, em razão da desigualdade entre Estados, seja econômica, política ou militar.

PALAVRAS-CHAVE: Sentença Arbitral. Executoriedade. Efetividade. Conflitos entre Estados. Corte Permanente de Arbitragem.

ARBITRAL SENTENCE: ITS LACK OF EXECUTORIESS IN DAMAGE (OR NOT) TO THE EFFECTIVENESS OF THE ARBITRATION INSTITUTE AS A FORM OF CONFLICT RESOLUTION BETWEEN STATES

ABSTRACT: Due to the means of resolving peaceful conflicts, showing more and more importance and using international scenarios, to avoid the occurrence of wars that can cause damage to cultures and cultures, no present article is researched or analyzed by the arbitration institute, more specifically, with the objective of verifying if there is a lack of enforceability in an arbitration award with ineffectiveness of the arbitration institute as a means of peaceful resolution of conflicts between States. To achieve the analyzed objective, the arbitral awards of cases in which the Permanent Court of Arbitration (CPA) was used, specialized doctrine, legislation, rules and international protocols. Finally, conclude that the lack of enforceability in the arbitral award does not make the institute specific for the peaceful resolution of conflicts between States, however, it must be improved, in order to avoid injustices when non-compliance with the arbitration award occurs, due to inequality between States,

whether economic, political or military.

KEYWORDS: Arbitral Award. Executability. Effectiveness. Conflicts between States. Permanent Court of Arbitration.

1 I INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade existem conflitos, de modo que, consequentemente, sempre se buscou meios para resolvê-los, sendo que historicamente estes meios vêm em constante evolução, passando da lei do mais forte, a lei de talião, a mediação, a negociação, ao judiciário, a arbitragem e outros.

A partir dessa evolução se pode verificar a grande importância da criação de meios pacíficos de resolução de conflitos, ainda mais quando se fala em conflitos entre Estados soberanos, que possuem poder militar e para resolverem seus problemas podem causar guerras e dizimar povos.

Aliado ao caos, a violência e a barbárie temos eventos históricos no cenário internacional, tais como a Primeira Guerra Mundial, que ocorreu entre 1914 e 1918 e levou consigo mais de 10 milhões vidas, e a Segunda Guerra Mundial, a qual ocorreu entre 1939 e 1945 e levou consigo mais de 70 milhões de vidas.

Para evitar acontecimentos como os abordados, surge, então, vários institutos para solucionar conflitos pacificamente no cenário internacional, tais como a diplomacia, a mediação, a conciliação e outros. No entanto, cabe destacar a grandiosidade do instituto da arbitragem no contexto internacional, incialmente ganhando visibilidade e utilidade na resolução de conflitos no cenário comercial, sentenciando os litígios de forma célere e pacífica, mostrando-se um meio adequado para que se tenha justiça sem violência.

O instituto da arbitragem ganhou tamanha importância que, a Convenção de Haia de 1891, instituiu a Corte Permanente de Arbitragem, posteriormente consolidada pela Convenção de Haia de 1907, a qual não é propriamente uma Corte, mas sim uma estrutura administrativa sediada em Haia, dispondo de uma lista de árbitros indicados pelos países partes-contratantes, para os interessados.

Contudo, apesar de ser um instituto muito utilizado e em constante desenvolvimento, a sentença proferida na arbitragem internacional não possui executoriedade, ou seja, o cumprimento da decisão proferida pelo(s) árbitro(s) depende única e exclusivamente da parte “perdedora”, que deverá cumprir a sentença de boa-fé, sabendo que caso não cumpra, a outra parte não poderá executá-la.

Por essa razão que o presente artigo busca delimitar até onde a falta de executoriedade da sentença arbitral pode afetar a eficácia do instituto como uma forma pacífica de resolução de conflitos entre Estados.

Para fazer a referida delimitação, optou-se pelo método da pesquisa qualitativa no campo do Direito Internacional Público, utilizando-se de bibliografia especializada,

análise de sentenças arbitrais envolvendo conflitos entre Estados, legislaç**ões**, tratados e protocolos internacionais, de maneira que para chegar ao resultado se utilizou da análise por meio do método hipotético-dedutivo.

2 I O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO RAMO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

A arbitragem é um meio de solução extrajudicial de conflitos, ou seja, as partes envolvidas não submetem seu litígio à apreciação do judiciário, elas pactuam, livremente, um compromisso arbitral, o que nada mais é, do que um tratado entre os Estados, que pode ser feito quando do início do conflito ou já pode existir uma previsão de arbitragem em uma convenção internacional que os Estados são signatários, o qual define o formato da arbitragem, a quantidade de árbitros, os seus poderes, quais procedimentos os árbitros devem adotar, as regras aplicáveis, e se comprometem em cumprir a decisão dos árbitros. (REZEK, 2016)

Ressalta-se que o órgão arbitral é de livre escolha pelos Estado, sendo que deve ser formado por um número ímpar de árbitros para evitar que ocorra empates nas votações.

Destarte, quando os Estados-partes de uma arbitragem optam por um árbitro único, este deve ser neutro e escolhido de comum acordo entre os Estados-partes, já quando optam por uma comissão mista ou Tribunal colegial há pelo menos um representante de cada Estado parte além de um neutro, compondo sempre em número ímpar. (VARELLA, 2018)

Frisa-se que é um instituto dotado de jurisdição, que possui terceiro(s) imparcial(is) empossado(s) da qualidade de árbitro(s), com poderes decisórios.

Neste sentido, Husek (2017, p. 309 – 310) é claro e objetivo:

> a) Arbitragem — Consiste na escolha, pelas partes, de um ou mais árbitros, terceiros imparciais, que, mediante um compromisso específico, procuram encontrar a solução para o conflito segundo as normas jurídicas aplicáveis. As partes reconhecem previamente tal solução como obrigatória. Trata-se de uma via jurisdicional, mas não judiciária.
>
> O compromisso arbitral é um tratado bilateral em que os contendores descrevem o litígio em que estão envolvidos, apontam as regras de Direito que querem aplicáveis e designam o árbitro ou tribunal, já previamente consultado. Pode ocorrer que entre países conflitantes já exista disposição para a arbitragem em tratado anterior. Concretizando-se o conflito, automaticamente entra em vigor a cláusula arbitral.

Superado o conceito e como se institui a arbitragem, cabe apontar que esse instituto já era utilizado na Idade Média, pelas cidades gregas, para superar seus conflitos. (AMARAL JÚNIOR, 2015)

Contudo, ao decorrer do tempo o Estado foi concentrando o poder de resolver conflitos, por meio do judiciário, o que acabou por se tornar o meio mais comum e utilizado

pela sociedade.

No entanto, quando tratamos de conflitos entre Estados soberanos devemos sempre buscar a resolução do problema de forma pacífica, evitando um litígio afrontoso, pois, além destes Estados possuírem poder para iniciar uma guerra, na grande maioria das vezes, são parceiros comerciais ou possuem uma relação internacional que deverá se estender pelo tempo, ou seja, precisam de uma resolução amigável para continuem se relacionando bem internacionalmente.

Pelos motivos já citados, os conflitos entre Estados se revelam uma preocupação global, como bem coloca Ximenes Junior e Azevedo (2014, p. 6);

> Os sistemas Globais e Regionais de proteção aos Direitos Humanos, por meio de seus tratados internacionais buscam promover as querelas internacionais da forma menos danosa possível, seja mediante negociação, mediação, conciliação, arbitragem ou qualquer meio pacífico a evitar o uso da força.

Deste modo, por ser um meio pacífico de resolução de conflitos, a arbitragem foi se tornando cada vez mais importante no cenário internacional, de tal forma que em 1899, na Convenção de Haia, na qual abordava-se a temática das soluções pacíficas de controvérsias, foi determinado a criação da chamada Corte Permanente de Arbitragem (CPA).

A CPA não é propriamente uma corte, na verdade é uma estrutura administrativa sediada em Haia, a qual dispõe de uma lista de árbitros indicados pelos países partes-contratantes, para os interessados, o que não a torna menos importante.

Neste sentido, Accioly, Silva e Casella (2017, p. 865) entendem que:

> A Convenção da Haia de 1899, sobre a solução pacífica de controvérsias, determinou a criação, naquela cidade, de uma instituição particular, à qual podem recorrer os estados litigantes, em caso de arbitragem. Organizou-se, assim, a chamada Corte Permanente de Arbitragem, acessível em qualquer tempo pelas partes litigantes e destinada a funcionar, salvo estipulação contrário das próprias partes, de conformidade com as regras de processo inseridas na dita Convenção e repetidas na 1907, sobre o mesmo assunto.
>
> Essa jurisdição não é, contudo, obrigatória: as próprias partes contratantes conservam a liberdade de recorrer a outros juízes. [...] É, antes, uma lista de nomes, entre os quais as partes escolherão os que lhes convenham para árbitros.

Ainda, sobre a relevância e limites da CPA discorre Cabral (2016, p. 85):

> Não há limites para o aspecto material da competência da CPA. Até discussões relativas a atividades espaciais podem ser travadas na CPA que possui regulamento específico e opcional para essa temática (Regulamento Opcional para Arbitragem de Disputas relativas a Atividades Espaciais). Nem mesmo a circunstância de o procedimento arbitral ser governado por outro regime normativo impede que a CPA possa administrar a arbitragem. [...].

Dentre tantos outros, recentemente, a Corte Permanente de Arbitragem foi/é utilizada nos seguintes casos:

> a) Arbitragem do Nascer do Sol no Ártico: tratou de um conflito entre a Holanda e a Federação Russa. A arbitragem foi instaurada com base no anexo VII, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de modo que o procedimento teve início em 04/11/2013 e fim em 10/07/2017. O conflito se instalou em razão do embarque, apreensão e detenção do navio Nascer do Sol e das pessoas que estavam a bordo. A sentença condenou a Federação Russa a indenizar Holanda e custear a volta do navio e seus tripulantes e ou/ passageiros. (CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM, 2020a).
>
> b) Arbitragem no Mar da China Meridional: tratou de um conflito entre República das Filipinas e República Popular da China. A arbitragem foi instaurada com base no anexo VII, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de modo que o procedimento teve início em 22/01/2013 e fim em 12/07/2016. O conflito se instalou em razão da disputa da soberania sobre grandes áreas do Mar da China Meridional. A sentença foi favorável a Filipinas, preceituando que a China não possuía base legal para reivindicar direitos históricos sobre as referidas zonas marítimas. Esta arbitragem se destaca em razão das várias violações feitas contra a convenção por parte da China. Por fim, a China não aceitou, nem reconheceu a sentença da CPA. (CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM, 2020b).
>
> c) Arbitragem de terras ferroviárias: tratou de um conflito entre Malásia e Cingapura. A arbitragem foi instaurada com base em um Contrato de Submissão, o qual as partes pactuaram para dirimir, através da arbitragem, questões relacionadas ao Malayan Railway Land em Cingapura, em 09/01/2012 e sua sentença proferida em 30/11/2014. Destaca-se por ter sido uma arbitragem cordial e amigável. (CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM, 2020c).
>
> d) Disputa referente aos direitos costeiros do Estado no Mar Negro, no Mar de Azov e no Estreito de Kerch: trata-se de uma disputa de direitos territoriais entre Ucrânia e a Federação Russa. A arbitragem foi instaurada com base no anexo VII, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 (UNCLOS), em 16/09/2016 e ainda está em andamento. (CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM, 2020d).
>
> e) Litígio relativo à detecção de navios e militares navais ucranianos: trata de um conflito referente a uma disputa relativa à detenção de embarcações e militares da Ucrânia, entre a referida Ucrânia e a Federação Russa. A arbitragem foi instaurada com base no anexo VII, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 (UNCLOS), em 01/04/2019 e ainda está em andamento. (CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM, 2020e).

Diante da leitura dos exemplos trazidos acima, destaca-se que a arbitragem é instaurada sempre com base em algum documento que prevê a resolução por intermédio do instituto da arbitragem, (nos casos, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar) no qual ambas as partes são signatárias, e que o procedimento se encerra através da

sentença arbitral, a qual é irrecorrível e não possui executoriedade.

O Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar trata da arbitragem, dispondo de inúmeros artigos, os quais buscam regular o procedimento em caso de conflito, discorrendo sobre como se dará o início do procedimento, como será a constituição do tribunal arbitral, quais serão as funções deste tribunal, quais as obrigações das partes em uma controvérsia e estipula que como será o laudo arbitral e que este terá natureza definitiva.

Desta forma, tornam-se visíveis os princípios da: i) autonomia da vontade, pois as partes livremente aderem à um instrumento que prevê a arbitragem; ii) do pacta sunt servanda, aderindo ao instrumento, deve rigorosamente seguir suas cláusulas; iii) da boa-fé, no qual se esteia a esperança do cumprimento da sentença; e iv) da vinculação a decisão, as partes que livremente pactuaram a arbitragem, de boa-fé se vinculam a decisão arbitral, de tal forma que devem cumpri-la; entre outros.

Sobre os princípios discorrem Martinez (2014, p. 35), e Viggiani (2008, p. 42):

> Desse modo, o cumprimento da sentença deve ser feito de boa-fé. A única punição que poderá sofrer o Estado que não cumprir o determinado no laudo é a responsabilização pelos prejuízos causados a outra parte.
>
> No caso da arbitragem, se as partes concordaram em utilizar-se desse instituto no contrato ou tratado realizado, então a decisão proferida pelo árbitro deverá ser cumprida já que as partes estão a ela vinculadas.

Ante o exposto, geram-se dúvidas. A sentença arbitral é efetiva? Se não pode ser executada, serve como meio de resolução pacífico de conflitos entre Estados? Caso a parte não cumpra a sentença arbitral, o que acontece? Essas e outras perguntas começam a ser respondidas.

3 | O PROBLEMA DA EXECUTORIEDADE DA SENTENÇA ARBITRAL

A sentença arbitral, também conhecida como laudo arbitral, é, via de rega, o encerramento do conflito, ou seja, proferida a sentença se encerra o procedimento e as partes devem cumpri-la de boa-fé, sem prazo para recorrer e impossível de executar. (REZEK, 2016)

Há a possibilidade de os Estados conflitantes pactuarem o compromisso arbitral com previsão de recurso ao laudo arbitral proferido, além do chamado “pedido de interpretação” que é semelhante aos embargos de declaração no judiciário brasileiro. Caso não haja previsão no compromisso arbitral, a sentença não pode ser impugnada por lesionar os interesses de uma das partes, contrária à equidade ou errônea. (VARELLA, 2018)

As Convenções de Haia de 1899 e 1907 e CPA, já se pronunciaram em admitir a revisão de sentença arbitral quando houver a previsão no compromisso arbitral e for motivada em razão do descobrimento de fato novo relevante e capaz de alterar a decisão

dos árbitros.

Importa salientar que a sentença arbitral pode ser considerada sem efeito pelos próprios árbitros prolatores ou por um tribunal arbitral, gerando o fim da obrigatoriedade de seu cumprimento, quando houver i) manifesta e comprovada fraude ou deslealdade dos árbitros; ii) o árbitro ou tribunal exceder seus poderes e/ou não cumprir seus deveres; iii) violação de princípios fundamentais do processo, tais como o do contraditório e o da ampla defesa; e, iv) a sentença ser prolatada por árbitro incapaz de fato ou de direito. (VARELLA, 2018)

Em consonância com os princípios da arbitragem e com as características da sentença arbitral, Mazzuoli (2015, p. 1168 – 1169) é objetivo e profundo ao lecionar:

> Salvo disposição convencional em contrário, a sentença do tribunal arbitral - chamada de laudo - tem valor jurídico e deve ser fielmente cumprida pelas partes. A cogência do laudo existe, mas não à equiparação de verdadeira sentença judiciária internacional, proferida por tribunal com jurisdição permanente. Portanto, a regra em relação à arbitragem é que o laudo arbitral resolve definitivamente a controvérsia, sendo o mesmo obrigatório e vinculante para as partes envolvidas no litígio. É certo, contudo, que o fiel cumprimento daquilo que ficou expresso no laudo arbitral dependerá da boa-fé das partes envolvidas, sob pena de incorrerem num ilícito internacional, podendo os Estados faltosos serem responsabilizados pelos prejuízos causados à outra parte.
>
> Contra o laudo arbitral não cabem recursos, sendo o mesmo definitivo (apesar de não executório) e obrigatório para as partes litigantes. E isto é assim porque uma vez proferido o laudo arbitral os árbitros se desincumbem do mister que assumiram ad hoc, deixando às partes a obrigação de bem e fielmente cumprir o que ali ficou decidido. As partes não ficam impedidas, no entanto, de recorrer novamente aos árbitros para que estes aclarem eventual obscuridade do laudo, o que recebe o nome de “pedido de interpretação” em direito das gentes. Tal pedido, que corresponde aos embargos declaratórios do direito processual civil brasileiro, porém, não é tecnicamente um recurso contra o laudo arbitral. É também possível que as partes recorram novamente aos árbitros alegando a nulidade do laudo, imputando a qualquer dos árbitros uma falta grave, como corrupção, abuso ou desvio de poder. Não ocorrendo obscuridade ou nulidade do laudo, ele passa a ser obrigatório para as partes, não cabendo a estas a faculdade de aceitá-lo ou não. Tal obrigatoriedade não provém da força cogente do laudo em si, mas do tratado internacional (chamado de compromisso arbitral) anteriormente concluído entre as partes.

A obrigatoriedade da decisão é um elemento característico da arbitragem, desde o aceito do compromisso arbitral as partes expressam e concordam que serão vinculadas e obrigadas a cumprir o laudo arbitral e, mesmo que não esteja expresso no compromisso, a obrigatoriedade é um princípio que está ligado aos Estados que recorrem à arbitragem.

Todavia, a obrigatoriedade não pode ser confundida com executoriedade, conforme já tratado, a sentença arbitral carece de executoriedade.

Embora o laudo arbitral não seja executável, por inexistir autoridade internacional

capaz de promover a execução, no trecho destacado acima, Mazzuoli observa que a parte que não cumpre a decisão arbitral pode incorrer em ilícito internacional e ser responsabilizado pelos prejuízos que a outra parte de boa-fé sofreu.

Destarte, Nóbrega e Silva (2016, p. 164) discorrem sobre o ilícito penal no descumprimento do laudo arbitral proferido pela Corte Permanente de Revisão do MERCOSUL:

> O descumprimento do laudo arbitral configura ilícito internacional. Caso não tenha sido cumprido, e o Estado tenha se sentido prejudicado, este poderá invocar a responsabilidade internacional. Isso não importa se o ato praticado pelo Estado em descumprimento foi lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, e sim, se houve a imputabilidade e o dano.
>
> Vale salientar que essa responsabilidade, ora tratada, é de natureza econômica e objetiva. Assim, se houver descumprimento do laudo arbitral proferido pelo TPR, cabe pedido para que aquele Estado-parte, que deixou de cumprir com suas obrigações já definidas em contrato e com respaldos dos tratados internacionais aos quais são destinatários. Assim, deve-se ser responsabilizado, para que haja uma maior eficácia e cooperação no âmbito internacional. Porém, ainda não ocorre a automática incorporação dos laudos arbitrais e, por conseguinte, a sua obrigatoriedade.

Todavia, a previsão de penalidade (incorrer em ilícito internacional) não é o que intimida os Estados a cumprirem as decisões arbitrais, visto que não é fácil e/ou simples responsabilizar um Estado soberano que tenha importância e destaque no cenário internacional.

A falta de um órgão internacional garantidor do cumprimento da sentença arbitral gera um risco de, em alguns casos específicos, o instituto da arbitragem se tornar ineficaz para solucionar o conflito, gerando uma injustiça e insegurança jurídica no meio internacional.

Nesta linha, Rezek (2016, p. 422) bem caracteriza a sentença arbitral, destacando a falta de um garantidor do cumprimento da sentença arbitral:

> Embora definitiva e obrigatória, a sentença arbitral não é executória. Isto quer dizer que seu fiel cumprimento fica na dependência da boa-fé e da honradez das partes – destacadamente do Estado que sucumbe por força da decisão do árbitro. Este último, proferida a sentença, não conserva sequer a prerrogativa jurisdicional – exceto para atender a um eventual pedido de interpretação. O árbitro não dispõe de uma milícia que garanta pela força o cumprimento de sua sentença caso o Estado sucumbente tome o caminho ilícito da desobediência.

Resgata-se a Arbitragem no Mar da China Meridional (tópico 1, item b), na qual a sentença proferida não foi cumprida e respeitada pela China, de forma que a área **é** disputada entre Estados até os dias atuais. (VEJA, 2019).

No entanto, o caso referido acima é uma exceção, destaca-se que, na grande maioria dos casos, as sentenças arbitrais são cumpridas pelas partes.

Isso se dá em razão da boa-fé e honradez, corroborando com os princípios da

vinculação e autônima da vontade.

Por fim, a arbitragem possui um caráter técnico, diferentemente do judiciário estatal, via de regra, as partes selecionam árbitros experts no tema do litígio, logo, suas decisões e sentenças são dotadas de especialidade no assunto, o que faz com as sentenças tenham mais credibilidade e colabora para que sejam cumpridas de boa-fé.

4 I CONCLUSÃO

Após o estudo do presente artigo conclui-se que a falta de executoriedade não é um problema para a efetividade do instituto da arbitragem como forma pacífica de resolução de conflitos, pois na grande maioria os Estados vêm respeitando a boa-fé e honrando o pactuado e decidido.

Contudo, apesar das sentenças, em sua maioria, serem cumpridas, é necessário fazer uma análise crítica quanto aos casos em que ela não é cumprida.

Neste contexto, a falta de executoriedade merece uma maior atenção, no sentido de que é preocupante, podendo causar injustiças, uma vez que Estados pequenos, desfavorecidos econômica e militarmente podem ter decisões favoráveis nas Arbitragens, contudo, caso estejam contra uma grande potência mundial, dificilmente terão a decisão cumprida e efetivada.

As potências mundiais possuem chances maiores de terem seus laudos arbitrais favoráveis cumpridos e efetivados, visto que possuem poder de mercado, podem influenciar negativamente outro Estado, caso este não cumpra a decisão.

Corroborando com este pensamento, referencia-se novamente a arbitragem entre Filipinas, um país pobre sem relevância e influência no cenário mundial, e China, uma potência mundial.

A sentença do referido caso foi proferida em 12/06/2016, e até hoje o conflito não foi resolvido, em razão da inobservância à decisão por parte da China, o que acaba gerando uma insegurança ao instituto da arbitragem internacional.

Ademais, sempre que o conflito não é resolvido, tem-se de volta o medo, em virtude que estes Estados que participaram da arbitragem e não solucionaram seu conflito, por um deles descumprir ou desacreditar da sentença arbitral, irão buscar um outro meio para acabar com o problema. Meio este que provavelmente não será pacífico.

Agora, e se fosse o contrário? Se sentença arbitral fosse favorável a China, será que Filipinas não a teria cumprido? Provavelmente teria, em virtude do poder e influência da China, a qual poderia impor inúmeras sanções em face de Filipinas, que mesmo não concordando com a sentença, iria cumprir.

Gera-se a dúvida, a falta de aplicação do direito, em virtude de ser inexequível, gera a desigualdade e amplia a insegurança?

Logo, é possível interpretar que há uma desigualdade entre as partes, de modo que

uma é capaz de efetivar a sentença arbitral, caso seja favorável a ela, já a outra não tem essa mesma capacidade, em razão de sua importância e tamanho em comparação com a outra parte, por razões econômicas, políticas e/ou militares.

Com isso, delimita-se que a sentença arbitral é eficaz quando o Estado age com a boa-fé e honra que havia se comprometido, ou quando tem poder e influência suficiente para fazer com que a sentença seja respeitada e cumprida. E se torna ineficaz quando o Estado despreza a boa-fé e a honra, incorrendo em ilícito internacional, de forma que o outro Estado não tem poder e influência suficiente para que ele cumpra e respeite o laudo arbitral.

O instituto da arbitragem internacional merece reconhecimento, pois vem crescendo cada vez mais e prestando um grande serviço ao mundo, no entanto, não se pode deixar iludir pelas partes boas e achar que tudo está perfeito, visto que os povos estão em constante evolução e mudança, cabendo aos institutos de resolução pacífica de conflitos acompanhá-los e, talvez, até ultrapassá-los.

De tal sorte, que é fundamental frisar a importância e a necessidade da evolução do instituto da arbitragem no âmbito internacional, principalmente no desenvolvimento de meios para execução da sentença arbitral, a fim de inibir possíveis injustiças em razão da desigualdade entre os Estados.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CABRAL, Diego de Almeida. **A arbitragem internacional e o Estado Brasileiro: uma irresistível conformação à ordem internacional.** Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2016.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. Disponível em: < https://pca-cpa.org/en/home/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. (2020a) **The Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia).** Disponível em: < https://pca-cpa.org/en/cases/21/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. (2020b) **The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China).** Disponível em: < https://pca-cpa.org/en/cases/7/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. (2020c) **Railway Land Arbitration (Malaysia/Singapore).** Disponível em: < https://pca-cpa.org/en/cases/56/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. (2020d) **Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation).** Disponível em: < https://pca-cpa.org/en/cases/149/>. Acesso em 20 jun. 2020.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. (2020e) **Dispute Concerning the Detention of Ukrainian Naval Vessels and Servicemen (Ukraine v. the Russian Federation).** Disponível em: < https://pca-cpa.org/en/cases/229/>. Acesso em 20 jun. 2020.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público.** 14. ed. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINEZ, Carolina. **A arbitragem internacional e sua aplicação no âmbito do MERCOSUL.** Araçatuba: UniToledo, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NÓBREGA, Aline Rosado Targino da; SILVA, Marcelo Mauricio da. **A incorporação dos laudos arbitrais do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL e o Direito Brasileiro.** Natal: Scielo, 2016.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público Curso Elementar.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VEJA. **Filipinas: tratado militar com EUA poderia levar a guerra com a China.** Disponível em: < https://veja.abril.com.br/mundo/filipinas-tratado-militar-com-eua-poderia-levar-a-guerra-com-a-china/>. Acesso em 20 jun. 2020.

VIGGIANI, Tatiana Sornas. **A arbitragem como forma de solução pacífica de litígios no Direito Internacional Público.** Marília: UNIVEM, 2008.

XIMENES JUNIOR, Lúcio Martins; AZEVEDO, Marcos Henriques de. **A arbitragem como meio de solução dos conflitos no plano internacional.** Sobral: Faculdade Luciano Feijão, 2014.

CAPÍTULO 6

O PAPEL DO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Data de aceite: 25/03/2021
Data de submissão: 04/01/2021

Natalia Lutz
Unochapecó
http://lattes.cnpq.br/0818024205972802

Silvana Winckler
Universidade de Barcelona
Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unochapecó
https://orcid.org/0000-0003-2980-2288

RESUMO: O presente artigo propõe-se a estudar qual é o papel do princípio da responsabilidade no direito das famílias, quais são os princípios que resguardam o direito das famílias e como o princípio da responsabilidade incide sobre as relações de família. A responsabilidade de que trataremos é a dos pais para com os filhos, seguindo a teoria da responsabilidade de Hans Jonas, que inicia uma nova concepção de ética em relação às futuras gerações. A metodologia adotada é a revisão bibliográfica. Pode-se concluir que a responsabilidade dos pais não depende de aprovação prévia, sendo irrevogável e não rescindível, além de englobar a totalidade do objeto. A nossa responsabilidade é pela vida, pelo bem que nela existe e pelo seu fim em si.
PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Responsabilidade, Direito de Família, Direitos Humanos, Hans Jonas.

ABSTRACT: This article proposes to study what is the role of the principle of responsibility in family law, what are the principles that protect family law and how the principle of responsibility affects family relationships. The responsibility that we will deal with is that of parents towards their children, following Hans Jonas' theory of responsibility, which initiates a new conception of ethics in relation to future generations. The adopted methodology is the bibliographic review. It can be concluded that the parents' responsibility does not depend on prior approval, being irrevocable and not terminable, in addition to encompassing the entire object. Our responsibility is for life, for the good in it and for its end in itself.
KEYWORDS: Principle of Responsibility, Family Law, Human Rights, Hans Jonas.

1 I INTRODUÇÃO

O entendimento sobre a responsabilidade nos dias de hoje tem grande importância pelo fato de perceber-se que há uma evolução do conhecimento tecnológico e que isso provoca grandes reflexos à natureza, do mesmo modo que à segurança das futuras gerações. É com a teoria de Hans Jonas que conseguimos entender como é possível assegurar o futuro da humanidade com ênfase na responsabilidade, em especial, no que diz respeito a este estudo, na responsabilidade parental.

A responsabilidade de que trataremos na presente pesquisa é a dos pais para com os filhos, seguindo a teoria da responsabilidade de Hans Jonas, que inicia uma nova concepção de

ética em relação às futuras gerações. Também demonstra que a ética clássica e a moderna não conseguem lidar com o futuro, mas apenas com o presente, e propõe que não devemos arriscar a vida futura da humanidade.

2 I PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO DAS FAMÍLIAS

A Constituição de 1988 consagrou os princípios fundamentais para o ordenamento jurídico. "Para o Direito de Família foi uma verdadeira revolução. A partir dessa revolução constitucional consolidou-se a evolução do Direito de família" (BRITO e GOMES, 2003, p. 8).

Para Pereira (2015, p. 21) "o papel dos princípios é informar todo o sistema, viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humana e todas as relações jurídicas, ultrapassando a concepção estritamente positiva, que prega um sistema de regras neutras". É preciso ultrapassar as barreiras para visualizar que é possível a construção de um Direito vivo em conformidade com a realidade, se tivermos um Direito Principiológico.

As leis não conseguem acompanhar a realidade e a evolução social da família. Os princípios oferecem soluções a conflitos concretos sem mudança ou revogação das normas jurídicas, pois permitem adaptar o direito para conseguir acompanhar a evolução da sociedade (LÔBO, 2008, p. 59).

O autor Rodrigo da Cunha Pereira (2015) especifica o princípio da responsabilidade no seu Dicionário de Direito de Família e Sucessões. Para Pereira, a responsabilidade, assim como a cidadania, se tornou uma palavra de ordem da atualidade.

> A ideia atual de responsabilidade não busca apenas a reparação para os atos do passado, mas também cumprir os deveres éticos, voltados para o futuro. Nas relações parentais, o princípio da responsabilidade está presente principalmente entre pais e filhos. Os pais são responsáveis pela criação, educação e sustento material e afetivo de seus filhos (Art.1.634, CCB). Além de princípio, a responsabilidade é também regra jurídica (PEREIRA, 2015, p. 580 – 582).

A responsabilidade é mais que um valor jurídico, é um princípio jurídico fundamental, norteador das relações familiares que traz uma nova concepção sobre os atos e fatos jurídicos, "que está atrelada à liberdade que, por sua vez, encontra sentido na ética da responsabilidade" (PEREIRA, 2015, p.580).

2.1 Conceito de Família

O conceito de família pode ter um sentido genérico/amplo - são os indivíduos que descendem de tronco ancestral comum – e um sentido estrito – a família envolve uma relação entre pais e filhos. O conceito adotado pelos doutrinadores do direito das famílias aproxima-se mais desta segunda definição, com alguns acréscimos.

Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 19) diz que "é somente após a passagem do

homem da natureza para a cultura que se trona possível estruturar a família".

Maria Helena Diniz (2009, p. 9) conceitua a família num sentido amplo: "todos os ínvidos que estiverem ligados por um vínculo da consanguinidade ou da afinidade", chegando a incluir estranhos, e no sentido estrito: "é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio". Diniz vai um pouco além ao conceituar família no sentido amplo, pois inclui os indivíduos que tiverem ligação por afinidade.

O antigo Código Civil de 1916 "regulava a família que se constituía apenas com o matrimônio, limitando-se ao grupo originário do casamento, impedindo a dissolução, discriminando as pessoas unidas sem casamento e os filhos havidos fora do casamento" (DIAS, 2013, p. 30).

O Código Civil de 2002 não conceitua a família como unitária. Em alguns artigos dispõe sobre a linha sucessória, tratando a família num sentido amplo, que abrange os parentes em linha reta (pais, filhos, netos) e os colaterais até o quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos).

O art. 226 caput da CF/88 estabelece que a família é a "base da sociedade, gozando de especial proteção do Estado". A partir deste dispositivo percebemos como a família é importante, pois é considerada como fundamento social (DIAS, 2013, p.62).

2.2 O Papel dos Princípios no Direito das Famílias

Com a Constituição Federal veio à tona um novo modo de ver o direito, foi uma constituição cheia de princípios que assegurou eficácia a todas as normas que definem os direitos e as garantias fundamentais. Os princípios constitucionais converteram-se em apoio normativo que provocou mudança na maneira de interpretar a lei (DIAS, 2013, p.60).

Os princípios constitucionais, considerados leis das leis, deixaram de ser orientação ao sistema jurídico, carente de força normativa, passando a ser conformadores da lei, tornando-se imprescindíveis, com eficácia imediata. Os princípios passaram a integrar o sistema legal para viabilizar o alcance da dignidade da pessoa em todas as relações jurídicas (DIAS, 2013, p.60).

Segundo Maria Berenice Dias (2013, p. 61), "os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização". Os princípios precisam ter conteúdo de validade universal, pois para serem reconhecidos, devem ser subordinantes e não ser subordinados às regras. O descuido quanto ao descumprimento de um princípio não ofende somente aquele que foi descumprido, mas também ofende a todos os princípios do sistema (DIAS, 2013, p.61).

As regras são normas que incidem de forma rigorosa nas relações jurídicas. Quando duas regras se estendem sobre o mesmo fato, deverá ser aplicada somente uma das regras, pois somente uma é considerada válida, o que não acontece com os princípios.

2.3 Princípios Constitucionais e Civis no Direito das Famílias

Na organização jurídica da família contemporânea não podemos negar que as normas estão definidas levando em conta o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio esse expresso na Constituição de 1988.

Vejamos quais princípios serão trabalhados, pois são essenciais e a ausência de um deles poderá provocar injustiça.

2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana foi elencado no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, demonstrando assim sua diferença em relação aos demais princípios, pois foi instituído como princípio fundamental, exercendo o papel do princípio estruturante de todo o ordenamento jurídico (GARIGHAN, 2018, p.10).

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos suportes na sustentação do ordenamento jurídico contemporâneo. Segundo Pereira (2005, p. 67) "não é mais possível pensar em direitos desatrelados da ideia e conceito de dignidade. Embora essa noção esteja vinculada à evolução histórica do Direito privado, ela tornou-se também um dos pilares do Direito Público".

O princípio da dignidade da pessoa humana surge como fundamento nas decisões para suprir as lacunas da legislação (GIORGIS, 2010, p.308). Superar os padrões inseridos na sociedade não é tarefa fácil para o legislador, e muito mais difícil ainda para os julgadores que se deparam com situações concretas e devem resolvê-las da melhor forma, acompanhando as transformações havidas ao longo dos anos (GARIGHAN, 2012, p. 14).

2.3.2 Princípio da Liberdade

O princípio da liberdade também pode ser considerado como o princípio da não intervenção. O art. 1.513 do Código Civil em vigor prevê que "é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir da vida instituída pela família". Esse artigo do código civil ratifica o princípio da liberdade ou da não intervenção no Direito de Família (TARTUCE, 2006, p. 10).

A liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios a ser reconhecidos como direitos fundamentais, para que seja garantida e respeitada a dignidade da pessoa humana, pois "o papel do direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades, para garantir a liberdade individual" (DIAS, 2013, p. 66).

2.3.3 Princípio da Igualdade e Respeito à Diferença

A Constituição assegurou o princípio da igualdade em seu preâmbulo e reafirmou o direito à igualdade no art. 5º afirmando que todos são iguais perante a lei. No inciso I do referido artigo, reafirmou a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

A Constituição é a grande criadora do princípio da igualdade no direito das famílias (DIAS, 2013, p. 68).

A consagração desse princípio, representou um avanço inegável ao direito brasileiro (GAGLIANO; PAMPLONA, 2016, p. 81). A força do princípio da igualdade alcançou os vínculos de filiação, ao proibir qualquer discriminação em relação “aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção” (DIAS, 2013, p. 68).

Com o princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros passou a haver o princípio da igualdade na chefia familiar, que pode ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher, e podendo o filho opinar. (TARTUCE, 2006, p 9).

2.3.4 Princípio da Solidariedade Familiar

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da Constituição Federal no art. 3º, inciso I, que busca uma sociedade livre, justa e solidária. Esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, pois a solidariedade deve existir nos relacionamentos pessoais (TARTUCE, 2006, p 6).

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio tem origem nos vínculos afetivos. A expressão solidariedade é assimilada com as expressões de fraternidade e de reciprocidade. O princípio da solidariedade tem suporte constitucional, está no seu preâmbulo, o qual assegura uma sociedade fraterna (DIAS, 2013, p. 69).

2.3.5 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares

A Constituição de 1988 aplicou o princípio da pluralidade das formas de família, quando dispôs que a família proveniente da união estável e a família monoparental são entidades familiares, assim como a família que tem origem no casamento (FRISON, 2012, p. 31).

Segundo Frison (2012, p. 31) “o rol de entidades familiares protegidas na Constituição não é taxativo, e sim exemplificativo, ao nosso entender, já que o princípio da dignidade da pessoa humana demanda o reconhecimento dessas novas entidades familiares”.

Uma das maiores dificuldades e resistências de reconhecer a pluralidade e as várias possibilidades de vínculos parentais e conjugais é o medo de que as novas famílias possam vir a “destruir a verdadeira família”, expressão do conservadorismo nos costumes (PEREIRA, 2005, p. 118).

2.3.6 Princípio da Proteção Integral a Crianças, Adolescentes e Jovens

Com a forte influência internacional das convenções e tratados de que o Brasil passou a ser signatário, tornou-se necessário adequar o nosso ordenamento jurídico quanto às regras impostas, visando assim, uma maior proteção dos menores (MENDES, 2006, p. 24).

Com isso, a Constituição estabeleceu direitos fundamentais para a Criança e o Adolescente, concedendo, assim, todas as garantias e prioridades necessárias aos que estão em desenvolvimento (MENDES, 2006, p. 24). Pode-se observar o que foi estabelecido no art. 227, *caput*:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Quando se fala nos direitos sociais previstos no art. 227 da CF/88, estamos diante de um direito denominado pela doutrina como sendo de terceira geração ou dimensão.

2.3.7 Princípio da Proibição ao Retrocesso Social

O princípio da vedação de retrocesso social também pode ser chamado de princípio de aplicação progressiva dos direitos sociais ou, ainda, princípio da proibição do retrocesso. A ideia de vedação do retrocesso tem sua origem na jurisprudência europeia, principalmente da Alemanha e de Portugal, países em que as conquistas sociais já atingiram patamares mais elevados do que no Brasil (GARCIA, 2010, n.p.).

A proibição de retrocesso social é considerada proteção especial ou princípio especial. Está vinculada à oferta de proteção da igualdade na convivência familiar, pluralismo da proteção das unidades familiares diversas e igualdade entre os membros da família, servindo como escudo para que não aconteça o retrocesso social, ou que as leis sofram retrocessos a fim de que se prejudiquem tais entidades familiares (PEREIRA, 2005, p. 126).

2.3.8 Princípio da Afetividade

"O princípio da afetividade é o que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico" (LÔBO, 2008, p. 70).

Ganhou grande valor, quando foi prestigiado pela Constituição de 1988, resultou na evolução da família brasileira. A família recuperou sua função, a que estava em suas origens que é "a do grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida" (LÔBO, 2008, p. 71).

"A afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação aqueles" (LÔBO, 2008, p. 71).

3 I O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE

A escolha de Jonas como um dos autores principais do presente estudo determinou-se pela dimensão filosófica que o autor transmite, ao tratar sobre os princípios da equidade, precaução e responsabilidade.

O princípio responsabilidade de Hans Jonas procura incluir a totalidade do ser nos fundamentos da Ética, pois segundo ele, vige o enunciado "age de tal modo que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida autenticamente humana na terra" (JONAS, 1997, p. 30). O autor propõe ao pensamento e ao comportamento humano uma nova ética, em que a ação e os efeitos do ser humano sejam realizados dentro do seu limite, não afetando a natureza das coisas extra-humanas.

Seguindo o pensamento do autor, "o ser humano pode arriscar a própria vida, mas não a da humanidade, pois não tem o direito de escolher a não existência de futuras gerações e nem de colocá-la em risco" (JONAS, 2006, p. 18).

3.1 Conceito de responsabilidade

A ideia da responsabilidade moral é primitiva quanto às inquietações do homem sobre as modalidades do seu agir e o sentido da sua ação. Apesar de a palavra responsabilidade ser antiga, ela sofreu uma evolução linguística, e por isso tornou-se recente (FERNANDES, 2002, p. 42).

A palavra *responsável* surgiu no latim, no século XIII, muito usada na linguagem jurídica. No século XVIII, surge também na língua francesa a palavra responsabilidade. A qual sofreu algumas evoluções, segundo Roque Cabral (2000, p. 113), que afirma que "a palavra responsabilidade chegou à língua portuguesa através do francês". Antigamente usava-se o termo dever, em sua substituição passou ser usado o termo responsabilidade (FERNANDES, 2000, p. 42). "Já na contemporaneidade, a responsabilidade surge como princípio, como estrutura essencial, como obrigação não recíproca, como modo de responder ao outro" (FERNANDES, 2000, p. 45).

Assim, Jonas pode afirmar que o fato do homem ser capaz de responsabilidade constitui a condição de sua realidade. A responsabilidade que o homem possui é capacidade intrínseca.

> O traço distintivo do homem, o fato de que só ele pode ter responsabilidade, significa, ao mesmo tempo, que ele deve tê-la também para outros que são semelhantes a ele - eles mesmos sujeitos potenciais de responsabilidade - e que, em uma ou outra relação, ele já a tem: a faculdade de tê-la é a condição suficiente de sua efetividade (JONAS, 2006, p.173).

Os pensadores da antiguidade, da modernidade e alguns autores contemporâneos, desenvolvem o conceito de responsabilidade, reforçando as noções do dever, de obrigação e da autonomia, que foi adotado no formalismo jurídico (FERNANDES, 2000, p. 44).

3.2 Teoria da responsabilidade

Para Jonas a responsabilidade é um dever, visto que o homem é o único ser capaz de ter responsabilidade, sendo que somente ele tem a capacidade de escolha consciente e deliberada entre as alternativas que lhe são dadas e, saber as consequências delas resultantes (JONAS, 2006, p. 175-176).

Para Jonas (2006), o ser humano por si só já tem um valor fundamental pela totalidade do seu Ser, pois tem uma vantagem em relação aos demais seres, pelo fato de poder assumir responsabilidades, e assim podendo garantir seus próprios fins. Jonas afirma que:

> A marca distintiva do ser humano, de ser o único capaz de ter responsabilidade, significa igualmente que ele deve tê-la pelos seus semelhantes, eles próprios, potenciais sujeitos de responsabilidade, e que realmente ele sempre tem, de um jeito ou de outro: a faculdade para tal é a condição suficiente para alguém ou por qualquer coisa em certas circunstâncias (mesmo que não assuma e nem reconheça tal responsabilidade) é tão inseparável de existência do homem quanto ao fato de que ele seja genericamente capaz de responsabilidade da mesma maneira que lhe é inalienável a sua natureza falante, característica fundamental para a sua definição, caso deseje empreender essa duvidosa tarefa (JONAS, 2006, p. 175-176).

Para Alencastro (2009, p. 20), a responsabilidade é ontológica, refere-se ao futuro distante, estendendo-se aos descendentes, assim engloba um futuro ilimitado. Assim:

> Deve-se ter responsabilidade para com uma humanidade que ainda não existe; ser responsável por outras pessoas que ainda estão por nascer e que, por conta disso, não podem, ainda, reivindicar para si um ambiente saudável para viver. Não é uma relação de reciprocidade, tal como prescrito nas éticas tradicionais. O dever para com os descendentes é muito profundo e só pode ser entendido quando se compara com o que as éticas tradicionais sugerem, no caso dos deveres dos pais para com os filhos, um dever de total entrega e não reciprocidade para com o outro (ALENCASTRO, 2009, p. 20-21).

Assim, a responsabilidade com as próximas gerações é contínua e refere-se ao futuro, já a responsabilidade parental concentra-se na criança, não admitindo pausas, é ato contínuo, pois é a vida da criança que prossegue sem interrupção referindo-se sempre ao futuro da existência da criança.

3.3 Responsabilidades no âmbito jurídico

Assim sendo, agora é hora de tratar da responsabilidade no âmbito jurídico que se designa como imputação causal dos atos realizados. Segundo a autora Sanches, a responsabilidade como imputação causal dos atos é a condição da responsabilidade. (SANCHES, 2012, p. 04).

Neste caso, a pessoa deve responder por seus atos, pois é responsável por suas consequências e assim responderá por elas, deve ser vista do ponto legal, não moral. No

entanto, os danos causados devem ser reparados, mesmo que a causa não tenha sido um mau ato e as consequências não tenham sido previstas, tampouco desejadas. Basta que o eu seja a causa ativa, este é o poder causa da responsabilidade (JONAS, 2006, p. 165).

Como Jonas traz em sua obra, “o sentido que caracteriza a responsabilidade é de fato moral (disposição de assumir seus atos)”, o autor quer dizer que, a responsabilidade é um sentimento subjetivo da pessoa (JONAS, 2006, p. 166).

A responsabilidade que Jonas vem a propor, objetiva a superação desse estado de coisas. Para Jonas é necessário que haja um “bem” que obrigue o agente a fazer algo, ou que lhe dê limites para a ação, a renúncia ou e preservação deve existir em função do “bem” e não da lei (JONAS, 2006, p. 166).

3.4 Responsabilidade no âmbito político

Para Jonas importa o ato coletivo em detrimento do ato individual, o que está em questão aqui é a sobrevivência da humanidade no futuro. Tal ação busca uma mobilização política-coletiva, para que assim possa efetivar a teoria ética que Jonas propõe, que leva uma marca de uma ética do futuro (MOREIRA, 2016, p. 161).

A ampliação da ação humana é evidente, junto com a ampliação vem a necessidade de uma alteração no conceito de responsabilidade, consequentemente amplia-se o seu campo de atuação, possibilitando uma mudança da atuação humana (MOREIRA, 2016, p. 161).

A tarefa de manter a continuidade da existência humana no futuro é um desafio que se impõe ao homem público, onde a responsabilidade em primeira instância é livremente escolhida, de modo que se objetiva o poder em grande escala, assim tendo responsabilidade em um nível mais amplo (MOREIRA, 2016, p. 166).

Segundo Jonas, “o homem público não é genitor da coletividade, cuja responsabilidade ele pretende assumir, ao contrário, é o fato de que ela já existe que lhe permite assumir tal responsabilidade e buscar o poder necessário para fazê-lo” (JONAS, 2006, p.182).

A responsabilidade política é uma responsabilidade coletiva, que tem o interesse coletivo para executar atos do futuro (JONAS, 2006, p. 174). A responsabilidade abarca todo o Ser do objeto, em todo o seu aspecto. O objeto do homem público é o cidadão, assim afirma Jonas:

> [...] o Estado assume para si a educação das crianças. Na maioria das sociedades a primeira fase da educação é confiada à família, mas todas as demais são submetidas à supervisão, regulamentação e assistência do Estado, de modo que pode haver algo como uma “política educacional” [...] (JONAS, 2006. p.181).

O agir do homem público se diferencia do agir do pai de família, “pois o homem público é um igual que comanda iguais, e nessa condição, ao promover a coisa pública acaba por promover também seus interesses” (SANCHES, 2012, p. 08).

3.5 Responsabilidade no âmbito parental

A responsabilidade parental, cuja finalidade consiste em educar para tornar o filho adulto responsável, mostra assim a tarefa desta responsabilidade, que é a de cuidar da vida. Jonas expressa que o nascimento de uma criança representa o recomeço da humanidade, que abre caminhos para a continuidade da existência de vidas no mundo de amanhã (MOREIRA, 2016, p. 144).

Para Jonas, a responsabilidade parental é comum a todos, seu objeto são os frutos da procriação, desejada ou não, e é exercida no âmbito íntimo e imediato. A responsabilidade abarca todo o Ser do objeto, em todo o seu aspecto. Na responsabilidade parental, o seu objeto é a criança como um todo, e não só as carências. O cuidado parental objetiva a existência da criança, e fazer da criança o melhor dos seres (JONAS, 2006, p. 180).

A responsabilidade dos pais em relação aos filhos demonstra dois atributos complementares, pelo caráter não recíproco e um modo de ser totalmente desinteressado. Essa forma de responsabilidade segundo Jonas, é a única que herda tal prerrogativa (MOREIRA, 2016, 145).

O cuidado que os pais têm com o recém-nascido, corresponde tanto ao dever objetivo, quanto ao querer subjetivo. Segundo Jonas é em relação ao recém-nascido "que o sentimento de responsabilidade apresenta sua força, e convida a responsabilizar-se, constituindo assim a coincidência entre o aspecto subjetivo e o objetivo da responsabilidade ética" (JONAS, 2012, 121).

A responsabilidade dos pais em relação aos filhos é o modelo essencial da responsabilidade, pois é a partir deles que estará garantida a continuidade da humanidade no futuro. Por este fato, é necessário ter cuidado com as nossas ações cotidianas, estando atento com as futuras gerações.

Como Jonas afirma, "é difícil, senão impossível, assumir a responsabilidade por algo que não se ame" (JONAS, 2006, p. 183). Não se pode sentir-se responsável por algo/alguém ao qual não temos nenhum sentimento.

A continuidade da responsabilidade é por natureza um exercício que não pode ser interrompido, quem assume essa responsabilidade são os pais e o governo, os quais não podem tirar férias, o objeto do qual são responsáveis segue em frente retomando as diligências constantemente. Ambas as responsabilidades não se limitam apenas a um aspecto, entretanto a um período determinado (JONAS, 2006, p. 185).

4 | CONCLUSÃO

Há necessidade de compreender a importância do uso do princípio da responsabilidade no âmbito do Direito das famílias, em cooperação com outros princípios, pelo fato de ser mandamento que visa aperfeiçoar os fatos a serem cumpridos, sendo incorporados à norma, transformando-as em normas-princípios. Os princípios constitucionais converteram-se em

apoio normativo que provocam mudança na maneira de interpretar as leis.

O papel dos princípios é informar todo o sistema, viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humana e todas as relações jurídicas. A partir da constitucionalização do direito civil, os princípios vêm sendo uma fonte do direito cada vez mais importante.

Como podemos perceber, os doutrinadores citados no desenvolver do estudo divergem quanto à especificação e classificação dos princípios, sendo que somente Pereira (2005) e Moschetta (2016) fazem referência à responsabilidade como sendo um princípio.

Ficou claro que Jonas se preocupa com a integridade da vida humana e a exigência da universalização, e propõe que a ação humana deve levar em conta as consequências de um futuro além de sua existência, devendo assim pensar nas futuras gerações. Garantir a vida humana e a não humana para as futuras gerações é a primeira responsabilidade, o primeiro dever que o ser humano tem.

A obra de Hans Jonas é um marco no âmbito da filosofia moral contemporânea, pois trata de uma teoria sobre as escolhas dos indivíduos, a ciência do dever e da obrigação. Para Jonas, o ser humano por si só já tem um valor fundamental pela totalidade do seu Ser, pois tem uma vantagem em relação aos demais seres, pelo fato de poder assumir responsabilidades, assim podendo garantir seus próprios fins.

A responsabilidade no âmbito jurídico se designa como imputação causal dos atos realizados, ou seja, a partir disso podemos entender que o agente deve responder por seus atos e é responsável pelas consequências do seu agir.

A responsabilidade parental, sua finalidade, consiste em educar para tornar o filho um adulto responsável, mostrando assim que a tarefa desta responsabilidade é a de cuidar da vida. Jonas expressa que o nascimento de uma criança representa o recomeço da humanidade, que abre caminhos para a continuidade da existência de vidas no mundo de amanhã.

Para Jonas, a responsabilidade parental é comum a todos, seu objeto são os frutos da procriação, desejada ou não, e é exercida no âmbito íntimo e imediato. Na responsabilidade parental, o seu objeto é a criança como um todo, e não só as suas carências.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Mario Sergio. **Hans Jonas e a proposta de uma ética para a civilização tecnológica.** Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/made/article/download/14115/10882> acessado em 27 de abril de 2019.

BRITO, Edvaldo. Introdução. In: GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CABRAL, Roque S.J., **Temas de Ética.** Faculdade de Filosofia da UCP de Braga, Braga, 2000.

CÓDIGO CIVIL DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Lei 10.406. Planalto. Documento Eletrônico. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >Acesso em 12 de junho de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 24. Ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. 5 v.

FERNADES, Maria de Fátima Araújo**. O princípio responsabilidade de Hans Jonas. Em busca dos fundamentos éticos da educação contemporânea**. Disponível em:<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rzZ0jl9p_qwJ:https://repositorioaberto.up.pt/bitstream/10216/10874/2/N6023TM01PFATIMAFERNANDES000068709.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 2 out 2018.

FRISON, Figueiredo Mayra. **O Pluralismo familiar e a mutação constante do formato de família: a constitucionalização do direito civil e dimensões do concubinato na promoção da dignidade da pessoa humana**. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2012. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2012/18.pdf>. Acessado em 12 de junho de 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARIGHAN, Natasha Nunes - **princípio da dignidade da pessoa humana e possibilidade jurídica da adoção por famílias homoafetivas**,<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/natasha_garighan.pdf>, acessado em 09, jun. 2018.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de família contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. **O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização.** 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html> Acessado em 12 de junho de 2018.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução de Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

LIMA, Ana Paula de Araújo. **O desafio da ética da responsabilidade de Hans Jonas como proposta à nova era da civilização.** Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bL1ApYFGKWkJ:https://cadernoscajuina.pro.br/revistas/index.php/cadcajuina/article/download/11/15+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> acessado em 26 de abril de 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, José Carlos. **A teoria da responsabilidade em Hans Jonas**. Disponível em:<https://www.periodicos.unifra.br/index.php/thaumazein/article/view/164/pdf/>. Acesso em: 2 out 2018.

MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo. **Teoria pós-moderna do direito de família na dimensão do pluralismo jurídico**: a intervenção nos conflitos conjugais/convivenciais e parentais por meio da mesiação familiar (Tese) Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianopolis, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). **Alimentos no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Da União Estável**. IBDFAM. **2010.**

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol. V - Direito de Família**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006; MENDES, Moacyr Pereira**. A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente a lei 8.069/90.**

SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri. **Algumas reflexões sobre a teoria da responsabilidade em Hans Jonas e o direito de família.** Disponível em:< http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=838e8afb1ca34354> acessado em 29 de abril de 2019.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. 2006. São Paulo. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/12035/material/Principios%20do%20Dir%20de%20Familia.pdf> acessado em 11 de junho de 2018.

CAPÍTULO 7

ALIENAÇÃO PARENTAL: UM ESTUDO SOBRE AUSÊNCIAS, SILÊNCIOS, AFETOS E VIOLÊNCIA

Data de aceite: 25/03/2021
Data de submissão: 06/12/2021

Gianne Cláudia Bezerra Dias
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN – PPGAS
Natal – RN
http://lattes.cnpq.br/7496038638944962

Este artigo foi originalmente publicado nos Anais da 6ª Reunião Equatorial de Antropologia (REA). Tema: diversidades, adversidades e resistências. v. 1. Universidade Federal da Bahia Campus Ondina (UFBA) - Salvador BA - 09 a 12 de dezembro de 2019, tendo sido realizadas alterações.

O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

RESUMO: Este trabalho visa problematizar e refletir, a partir do contexto da elaboração da lei da Alienação Parental, no Brasil, sobre os atravessamentos que perpassam esse processo. Busca-se compreender, ainda, através de pesquisas em sites, e em referenciais teóricos que abraçam essa temática, de que forma, tem-se entendido que o acionamento dessa lei vem sendo usado como possível indicativo de defesa, em casos de denúncia de abuso sexual, reflexionando sobre a percepção da desigualdade estrutural de gênero, como sugestivo de uma possível violência simbólica contra mulher.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Alienação Parental. Violência simbólica.

PARENTAL ALIENATION: A STUDY ABOUT ABSENCES, SILENCES, AFFECTIONS AND VIOLENCE

ABSTRACT: This work aims to problematize and reflect, from the context of the elaboration of the Parental Alienation law, in Brazil, about the crossings that go through this process. We also seek to understand, through research on websites, and in theoretical references that embrace this theme, in that way, it has been understood that the activation of this law has been used as a possible indication of defense, in cases of sexual reporting abuse, reflecting on the perception of structural gender inequality, as suggestive of a possible symbolic violence against women.

KEYWORDS: Family. Parental Alienation. Symbolic violence.

1 | INTRODUÇÃO

A intenção desse trabalho é refletir sobre o enfrentamento coerente de questões que perpassam a construção da lei da Alienação, a partir da ‘teoria’[1] da Síndrome da Alienação Parental (GARDNER, 1985), que inspirou a referida lei sob o nº 12.318/10 (Lei da Alienação Parental), no Brasil.

O contexto que envolve as discussões sobre a prática da Alienação Parental atravessa dinâmicas que não envolvem somente os

1 Uso aspas, na palavra teoria para chamar atenção, pois ela sofre sérias críticas, no que concerne a sua cientificidade.

conflitos intrínsecos da relação familiar em si, mas também a relação subjetiva de interesses que se conectam diretamente com o acionamento do poder simbólico, aquele poder quase mágico, que se permite conseguir o equivalente ao obtido pelo uso da força física (BOURDIEU, 1989), o que demonstra-se, mais ostensivamente, nas situações de divórcio, em que se veem afloradas, relações assimétricas de poder em denúncias de prática de Alienação Parental.

Busco, sobretudo, associar questões relevantes que perpassam, de modo objetivo, essa situação de conflito. Questões que traçam um encadeamento da realidade, de como as crianças e os adolescentes são vulneráveis "à*s violências*", termo usado no plural para explicitar as várias denominações de agressões, a exemplo da violência psicológica, da violência moral, da física, do abuso sexual, dentre outras, que se encontram marcadas na dinâmica da Alienação Parental.

O objetivo dessa reflexão, portanto, não é negar a prática da Alienação Parental nas relações de parentalidade, ao contrário, a intenção é complexificar os questionamentos a respeito das lacunas e apontar problematizações que contribuam diretamente para iluminar nuances imbricadas dentro desse processo.

Diga-se de passagem, o núcleo familiar é um dos mais importantes grupos sociais. Aliás, o mais importante, no contexto social, podendo ser representado como a alma da sociedade, porque é partir de suas relações intrínsecas que a sociedade é delineada e transformada.

Nesse sentido, Tarlei de Aragão (2018) contribui para esse entendimento, asseverando que a família é uma instituição lapidar da sociedade, e a categoria mãe/esposa se insere como categoria focal, do interior dessa instituição, pois não restringe sua ação de produção e de representação de legitimação de comportamentos, tal qual sua importância nas relações sociais.

É nesse núcleo que brotam as primeiras relações de interação que se refletem nas condutas e na extensão, até certo 'limite', de um referencial, em termos de segurança, de afetividade e de proteção. Seja ele refletido pelo amor maternal, paternal, ou pelos que assim representam esse lugar de fato, nas interações parentais de afeto dentro desse núcleo.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha formalmente tornado iguais homens e mulheres, o gênero continua como um forte marcador de violência, seja ela na esfera familiar, social ou jurídica. É necessário pensar a questão do gênero como atravessador e indicador do lugar da mulher/mãe, como fator importante dentro do contexto da percepção da dinâmica da Alienação Parental[2].

Para contextualizar a problemática que envolve a reflexão desse artigo, evidencio

2 Conceito legal: é a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie seu genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

que, em 2018, a CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) dos Maus Tratos[3] recebeu, em audiência fechada (para preservar as famílias que estão em litígio processual, segundo o senador na ocasião, Magno Malta), mães que denunciam a má aplicação da lei da Alienação Parental, sob a justificativa de que pais estão se valendo da referida lei para silenciarem e se defenderem de denúncias de possível abuso sexual, acusando a mãe da prática da Alienação Parental.

Vale salientar que, para além das questões de abuso sexual, apontadas nas denúncias à CPI dos Maus Tratos, existem questões que marcam e violentam tanto quanto o abuso sexual, a saber: o abandono afetivo; a violência psicológica e moral enfrentada no cotidiano de crianças e adolescentes no seio familiar. A 'ausência, na presença', cito aqui o abandono paterno, que, por vezes, causa lacunas e vazios abissais que não podem facilmente ser transpostos, convergindo, geralmente, numa patologia atravessada por traumas vivenciados nas relações familiares, e que são invisibilizadas.

Sobre a aplicabilidade da lei e do direito, cumpre recuperar o pensamento Geertz (2006), quando discorre sobre o direito e evidencia o contexto local das entidades. Nesse sentido, reflete a respeito da "*sensibilidade jurídica*"[4]. Emprestando significado aos fatos e as leis de forma comparativa, referindo-se ao direito como "uma forma de ver o mundo, acompanhado de um conjunto de atitudes práticas sobre o gerenciamento de conflitos e de disputas que essa forma específica de ver o mundo impõe aos que a ela se apegam" (GEERTZ, 2006, p. 276). Essa perspectiva nos conduz a refletir sobre verdades fragmentadas a respeito das imbricações dentro do contexto da Alienação Parental.

Ainda em consonância com Geertz (Ibidem, 2006), relacionando a dualidade entre o diálogo que se refere ao fato como é, e o julgamento que se faz, entre o discurso de coerência coletiva por mais vazio que seja, e o resultado específico por mais amoldável e improvisado; é importante colocar em relevo verdades parciais que se cruzam em categorias, como o poder simbólico, a desigualdade estrutural de gênero, a violência simbólica[5], dentro das relações familiares e dos vínculos afetivos, os quais atravessam a intricada e complexa questão da Alienação Parental.

Nesse contexto, recorro a Pierre Bourdieu (2019) para pensar sobre as condições que motivam a prática da violência, que são muitas, mas que todas se originam da relação de poder, proveniente de uma violência simbólica.

Partindo do pressuposto dos argumentos da 'teoria' da Síndrome da Alienação Parental de Richard Gardner (1985), sob o argumento de que, geralmente, é a mãe quem pratica Alienação Parental, o qual justifica sua ponderação, no fato de que, nas situações

3 www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018.

4 Para um maior aprofundamento sobre "sensibilidades jurídicas" ver LIMA, Kant. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. Anuário Antropológico. 2009/II.

5 Aquela violência suave, insensível e invisível as suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas, da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente do desconhecimento, do reconhecimento, ou, em última instância, do sentimento (BOURDIEU, 2019, p. 12).

de divórcio, a mulher não consegue administrar a situação de conflito e, de forma vingativa e desequilibrada, denúncia o pai por abuso sexual, com o fito de satisfazer o sentimento de revanche. Nesse viés, o seu objetivo é punir o pai com o afastamento do filho, promovendo uma campanha difamatória que almeja o esgarçamento e a destruição dos vínculos afetivos entre pai e filho.

A naturalização, no que tange ao gênero nas questões familiares, ainda é tratada com pouca relevância, apesar de ter um importante caráter informativo no senso comum, de atribuir às mães a prática da Alienação Parental.

Entretanto, como ressaltam Adriana Vianna e Laura Lowenkron (2017), discutir conceitos que vêm sendo tematizados em algumas linhas de análise nos permite crer e explorar melhor as capacidades de deslocar e de por sob rasura eventuais naturalizações que neles permanecem ou que são por eles consagradas.

Cabe notar que é um traço significativo da configuração da estrutura cultural da sociedade, desde a sua constituição, a naturalização do ambiente familiar como adoecedor. Tarlei de Aragão (2018, p. 67), em metáfora coerente, “diria que a violência no Brasil tem um ar familiar”.

Nessa construção analítica, a fim de refletir sobre a possível reprodução da violência simbólica contra a mulher, a despeito de como se desdobra o agenciamento dessa prática, busco explorar o lugar da mulher/mãe como agente principal desse processo no imaginário da sociedade em que essas relações estão inseridas. E, de forma integrada, como a desigualdade estrutural de gênero se reflete dentro da dinâmica da prática da Alienação Parental.

Acredito que essa reflexão favorece a compreensão do contexto em termos do conceito da prática da Alienação e da Síndrome da Alienação Parental, e que o tema é relevante tanto em termos sociais, como acadêmicos, permitindo refletir sobre questões que envolvem categorias de gênero, de violência e de parentalidade.

2 I RESSONÂNCIAS E ATRAVESSAMENTOS DO CONTEXTO DA LEI 12.318/10 (LAP)[6]

A ‘teoria’ da Síndrome da Alienação Parental foi criada pelo psiquiatra estadunidense Richard Gardner, que a definiu como uma ação de perturbação na fase da infância ou da adolescência, aflorada no contexto de divórcio e que se manifesta pela campanha de um dos genitores para que a criança repudie, crie sentimentos de ódio e indiferença em relação ao outro genitor (GARDNER, 1985). Esse processo gera um adoecimento, uma patologia a qual Gardner chamou de Síndrome da Alienação Parental conhecida, como SAP. No entanto, essa patologia não foi inserida como doença no DSM[7].

6 Abreviação - Lei de Alienação Parental.

7 Manual de Diagnóstico Estatístico de Transtornos Mentais. O IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) publicou esclarecimento a respeito da patologização da “Síndrome da Alienação Parental” (SAP), em entrevista publicada

Para melhor esclarecer, Euclydes Souza diz que a:

> A alienação parental é a rejeição do genitor que "ficou de fora" pelos seus próprios filhos, fenômeno este provocado normalmente pelo guardião que detêm a exclusividade da guarda sobre eles (a conhecida guarda física monoparental ou exclusiva)... A situação se caracteriza quando, a qualquer preço, o genitor guardião que quer se vingar do ex-cônjuge, através da condição de superioridade que detêm, tentado fazer com que o outro progenitor se dobre as suas vontades, ou então se afaste dos filhos (SOUZA, 2018, p.01).

Importante chamar atenção que a lei brasileira não trata da síndrome da Alienação Parental, mas sim, dos atos, da prática da Alienação Parental. Tendo sido influenciada pela 'teoria' de Gardner. Embora não seja pacífica a assertividade dessa 'teoria' e exista críticos de áreas diversas sobre ela (SOTTOMAYOR, 2011), é inegável o reconhecimento da prática da Alienação Parental, o que difere da síndrome da Alienação Parental.

A CPI dos Maus Tratos, foi instaurada por pressão de protestos de profissionais envolvidos na área e de denúncias de mães que haviam perdido a guarda de seus filhos por denúncia de abuso sexual contra o pai, a referida CPI, por sua vez, entendeu que podia estar havendo um possível desvirtuamento da lei, o que colocou em debate a sua revogação, por meio do PL 498/18. Vejamos o trecho do relatório da CPI dos Maus tratos, em relação à lei de Alienação Parental:

> Vimos, ao longo dos trabalhos da CPI, relatos de casos nos quais genitores acusados de cometer abusos ou outras formas de violência contra os próprios filhos teriam induzido ou incitado o outro genitor a formular denúncia falsa ou precária, como subterfúgio para que seja determinada a guarda compartilhada ou a inversão da guarda em seu favor. Seria uma forma ardilosa pela qual um genitor violento manipularia o outro de modo a obter o duplo benefício de acesso à vítima e afastamento do protetor (BRASIL, 2018, p. 41).

Em meados de 2018, a Comissão de Direitos Humanos, no Senado Federal[8], debateu acerca do texto do referido projeto de lei, sob a justificativa já apontada pelo relatório da CPI dos Maus Tratos. Nesse viés, a discussão foi de que, o sentido inicial da norma de proteção e de tutela das crianças vem sendo subjugado em detrimento do possível uso da lei, como forma de defesa de pais denunciados por abuso sexual.

As falas, nesse sentido, ressoaram fortemente nos discursos da audiência pública no Senado Federal, sob o argumento da previsibilidade da lei em orientar a inversão da

---

em 16.08.2018, com a professora doutora e psiquiatra, Márcia Gonçalves. A SAP foi inserida no CID 11 que conta com mais de 55 mil códigos. O CID é a Classificação Estatística Internacional de Doenças, (que reflete mudanças e avanços da medicina) – Organização Mundial de Saúde. O qual entrará em vigor em 1º de janeiro de 2022. A partir disso, a associação da lei 12.318/10, estudada por médicos e psicólogos, no que diz respeito a SAP pode ser usada com a subclassificação, QE52 – problemas associados com as interações interpessoais na infância. Entendem, os profissionais de saúde, no sentido de reconhecê-la como doença. Embora ainda não tenha sido reconhecida pelo DSM. www.ibdefam.com.br.

8 www.senadofederal.leg.br

guarda[9] em favor do pai, em casos de denúncias de abuso sexual em que não exista comprovação. O debate da CDH[10], também, foi permeado por discussões polarizadas acerca da possível revogação da LAP. E a questão, quase unânime entre os debatedores, foi a necessidade de uma modificação na lei, com destaque para a inserção de alguns preceitos, como, por exemplo, a obrigatoriedade de uma audiência de justificação prévia, o que a lei não prevê.

Em fevereiro de 2020, a Senadora Leila Barros, relatora do PLS 498/18, indicou no seu parecer, a modificação de alguns artigos da lei 12.318/10, concluindo pela não a revogação da lei, ressaltando, nesse sentido, a importância da manutenção da lei para proteção e promoção dos direitos das crianças e adolescentes para ampla convivência familiar.

Cabe esclarecer por oportuno, que "não se trata de defender potenciais abusadores, ou desacreditar de crianças que realmente tenham sido abusadas" (WAQUIM, 2018, p.73), como faz crer debates polarizados. Mas, de reconhecer a existência do fenômeno da AP que se encontra entranhado no seio social, e atentar para possíveis invisibilidades.

O alerta é para que, hodiernamente, filhos não sejam privados da convivência com suas mães, em detrimento de se atrelar a prática da Alienação Parental às mulheres de forma indiscriminada.

Nesse sentido, Debert (2012, p. 478) destaca a importância da "força das construções sociais", e nessa direção chamo atenção para os papéis socialmente construídos de homens e mulheres na cultura, o que contribui de forma fundante para o lugar da percepção da mulher/mãe dentro do contexto da Alienação Parental.

Reflexionar, entretanto, sobre as pessoas, como tipos singulares de atores sociais, são construídas pela cultura, embora a experiência prática desses atores transforme um pouco a cultura que os criou (ORTNER, 2006). Faz colocar em evidência que essa agência se dá pelo entrelaçamento do poder social. Isso equivale a dizer "que, desde o início, o surgimento de uma 'agência' problemática teve suas raízes em questões de poder" (Ibidem, p. 55).

Nesse âmbito, assim como preconiza a "teoria feminista radical, o Estado é visto como sendo masculino e/ou patriarcal - isto é, como sendo generificado e/ou construído por relações de gênero" (VIANNA; LOWENKRON, 2017), naturalizando as desigualdades. Nesse pensamento, Rekha Pande (2014) ressalta que esse sistema de dominação masculina se estende há muitos anos e a raiz dessa dinâmica encontra-se no patriarcado[11].

---

9 Lei 12.318/10, art. 6º, V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão.

10 Comissão de Direitos Humanos.

11 Utilizo o conceito de Saffioti (2004): "O patriarcado refere-se a milênios da história mais próxima, nos quais se implantou uma hierarquia entre homens e mulheres, com primazia masculina. […] o conceito de gênero carrega uma dose apreciável de ideologia. E qual é esta ideologia? Exatamente a patriarcal, forjada especialmente para dar cobertura a uma estrutura de poder que situa as mulheres muito abaixo dos homens em todas as áreas da convivência humana. É a esta estrutura de poder, e não apenas à ideologia que a acoberta, que o conceito de patriarcado diz respeito". (SAFFIOTI, 2004, p. 136).

Connell (2016, p. 93) acentua que “as masculinidades são padrões socialmente construídos de práticas de gênero. Esses padrões são criados por meio de um processo histórico com dimensões globais”, e que culturalmente refletem uma sociedade masculinizada.

Não obstante, ainda existem os casos reais de quebra de vínculos afetivos, dos abusos[12] ocorridos no seio familiar, da ausência aceita e ratificada pela sociedade, dos casos de abandono paterno e, a guarda dos filhos como sendo essencialmente, ainda, às mulheres/mães.

Nesse cenário, os processos socioculturais construídos sugerem a legitimação de discriminações, bem como a positivação e a naturalização de vulnerabilidades a determinados grupos, através das práticas que invisibilizam os atravessamentos que marcam de maneira importante a problemática da Alienação Parental.

Acrescenta-se que é necessário estudar a relação familiar, e entender se houve, por exemplo, danos causados às mulheres e aos filhos, decorrentes do convívio tóxico enquanto estavam todos juntos, e, que, possivelmente, em vários casos, não ocorra à prática da Alienação Parental; mas que, por vezes, é um comportamento decorrente de uma convivência tumultuada, cheia de lacunas e até agressiva, na relação entre pais e filhos.

3 | O ESTEREÓTIPO DE GÊNERO NO CONTEXTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A dinâmica da Alienação Parental nos faz refletir sobre uma possível reprodução da violência simbólica contra a mulher e como se desdobra esse agenciamento, a partir do estigma que lhe é atribuído como agente principal dessa prática. Como bem destaca Bruna Barbieri e Mônica Cruz:

> Apesar de não ser somente a mãe a possível praticante de atos de Alienação Parental, existem razões históricas, culturais e até mesmo psicanalíticas para a predominância das mulheres nessa prática (...) De fato, ser mãe e pai implica apropriar-se de um papel social construído historicamente, mas ser mãe, especialmente, está de tal modo inscrito na identidade da mulher que comumente se confundem características maternas com características femininas (CRUZ; WAQUIM, 2014, p. 6).

Connell (2016), no que lhe concerne, contribui para ampliarmos o entendimento do gênero enquanto marcador da ‘teoria’ de Gardner, quando coloca que o gênero decorre das relações sociais em um construto social da história e que as ordens de gênero decorrem do patriarcado, construindo privilégios para homens e subordinação para as mulheres, tornando-se um padrão hegemônico global.

Gardner, inclusive, aponta que não é somente a mãe a agente alienadora, mas

12 Uso aqui a palavra “abuso” no sentindo mais amplo. O abuso, como ausência de amor, de proteção, de afeto, de segurança, de interação, de responsabilidade, bem como na forma de agressão psicológica, física e sexual.

evidencia que “predominantemente é ela”, por internalizar sentimentos de abandono, insegurança e vingança diante do conflito da separação, transferindo, assim, ao filho, todo seu repúdio ou inconformidade com essa situação de conflito que se instaura.

Para ele, é ela quem faz campanha para denegrir a imagem do outro genitor, o que explica a recusa do filho à convivência com o pai e a responsabilização pela quebra afetiva da relação de afeto. Nessa construção, em nenhum momento se pontuou ou se levou em consideração o abandono paterno que geralmente já vem ocorrendo ou outras situações mais complexas e já apontadas aqui.

Ignorando esse fato, Gardner baseia sua ‘teoria’ na relação de conflito existente na separação conjugal, em que a balança sempre pesa mais para o lado da mãe e ganha força no estereótipo criado à mulher/mãe para alavancar sua tese. Assim, de forma ‘sutil’, instala-se a violência simbólica, decorrente dessa relação de poder. Como bem evidencia Bourdieu (2019), as condições que motivam a prática da violência são muitas, entretanto, todas elas se originam nas relações de poder provenientes de uma violência simbólica, numa linha tênue entre a cortina de fumaça da realidade e da legalidade.

Vale salientar, no entanto, que embora exista a lacuna referente a essas questões, não são todas as mães que sofrem esse tipo de dominação. Scott (1995) pondera, nesse sentido, quando assevera que nem todos os homens e as mulheres estão igualmente submetidos aos costumes e aos ditames rigorosos socialmente impostos. Contudo, essa dominação de poder se revela latente nas causas de Alienação Parental, reflexo da hegemônica desigualdade entre o gênero.

Kant de Lima chama à atenção para a relevância dos acontecimentos empíricos, no sentido de que;

> Refutar e obscurecer a empiria são formas de negar uma realidade incompatível com a idealização normativo-dogmática. O problema está no fato óbvio de que quanto mais se nega a realidade, mais se afasta a possibilidade de transformar o estado das coisas, pois quando se tenta mudar a partir de ideais abstrato-normativos, aumenta-se a probabilidade de insucesso e de ocorrência de efeitos não previstos (LIMA, 2014, p. 17).

Esse entendimento da compreensão superficial da realidade, plaina sobre a dinâmica da Alienação Parental.

Não se pode olvidar, mesmo que a orientação predominante seja a guarda compartilhada[13], nos processos de divórcio, a mãe, em muitos casos, permanece com a guarda por razões diversas, e pela causa especial imposta pela sociedade, a ela cabe à criação, e sobre ela recai, geralmente, a inferência da Alienação Parental, por ficar com a guarda dos filhos, na maioria dos casos de divórcio.

Nesse sentido, MacKinnon, por exemplo, reflete sobre o que é o Estado diante das leis do ponto de vista das mulheres e responde que o Estado é masculino, no sentido

13 Lei nº 13.058/2014, art. 2º, § 2º: na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista condições fáticas e os interesses dos filhos.

feminista. Isto é: “a lei vê e trata as mulheres do modo que os homens as veem e as tratam, ou, em outros termos, o Estado, por meio da lei, institucionaliza o poder masculino sobre as mulheres através da institucionalização do ponto de vista masculino na lei” (*apud* VIANA; LOWENKRON, 2017, p. 10).

Sottomayor (2011), estudiosa do tema, analisa inclusive, a situação como sendo inadmissível que os tribunais e profissionais de psicologia, que atuam judicialmente, enxerguem as alegações de abuso sexual com rapidez, especialmente nos processos que envolvem responsabilidades parentais.

Com efeito, segundo relata Cláudia Ferreira (2014), um dos principais motivos da acusação de Alienação Parental, feita por pais agressores, repousa no fato de imputarem as mães como dramáticas e “protetoras”, alienando, então, seus filhos do “amor paterno”.

Dito de outro modo é sobre o estigma do perfil da mulher, seu arquétipo, especialmente em meio ao conflito, em casos de divórcio, que se revela mais latente a prática da Alienação Parental. É aqui que percebemos a força dos papéis socialmente construídos de pais e mães, na construção social em que o estereótipo da mulher/mãe como egoísta, controladora, desequilibrada e vingativa; usa de sentimentos de rancor para estabelecer uma atmosfera de pânico, programando seu filho para que repudie seu genitor. A mãe é considerada mentirosa, manipuladora e não merece crédito nas suas alegações, por ser movida pela vingança ou descontrole emocional ‘tipicamente femininos’.

As questões que permeiam a desigualdade estrutural gênero, em relação às mulheres, ainda são tratadas de forma minimizada, como se percebe na complexidade que envolve a Alienação Parental.

O predomínio do poder patriarcal, na sociedade, reflete, ainda, o poder simbólico, o poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer crer e de confirmar determinada ação se evidenciando na eficiência dessa agência, como um “poder quase mágico, que permite obter o equivalente aquilo que se conseguiria através do uso da força física, graças ao efeito de mobilização, que só se exerce se for reconhecido como poder e ignorado como arbitrário” (BOURDIEU, 1989, p. 14).

A meu ver, o poder simbólico (BOURDIEU,1989) se reflete nas questões que envolvem o fenômeno da Alienação Parental. As intersecções nas situações complexas nas relações familiares, por outro lado, têm reverberado na crescente judicialização dos conflitos envolvendo a família. Segundo Werneck, tem “novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredado na semântica da justiça” (*apud* RIFIOTIS, 2015, p. 267).

Evidencia-se, portanto, que o judiciário na equação de distribuição e produção da justiça, baseado na lei, não encontra consonância igualitária na complexa questão que envolve a Alienação Parental. Seja pela precária quantidade de funcionários, seja pela falta de um ambiente apropriado para escutar os menores, seja pela falta de uma capacitação específica para lidar com os casos que exigem uma perícia aguçada do profissional, para

que possa enxergar as nuances delicadas que a questão envolve.

Como bem salienta Norberto Bobbio (2004), pode-se dizer que direito e dever são como o verso e o reverso de uma mesma moeda. Mas qual é o verso e qual é o reverso? Depende da posição com que olhamos a moeda (BOBBIO, 2004, p.29). E a dinâmica da Alienação Parental aponta para esses discrepantes paradoxos, interpretações contraditórias, silenciamentos e supressão de direitos.

4 I REFLETINDO SOBRE AS IMBRICAÇÕES DA LAP

Como tentei evidenciar, a Alienação Parental é atravessada por questões culturalmente naturalizadas e arraigadas no imaginário social.

Em meados da segunda metade do século XX, Gardner desenvolveu a teoria a Síndrome da Alienação Parental[14], que atribui o litígio da guarda dos filhos, nos processos de divórcio, como sendo o maior desencadeador da Síndrome da Alienação Parental (SAP).

O entrelaçamento entre a violência e o afeto, presentes na dinâmica da AP, apontam para o duplo caráter dessa prática, engendrada pela relação de dominação, na disputa da guarda dos filhos, nas relações de afeto, confiança, ausências e silêncios. Nesse sentido, os papéis sociais exercidos por pais e mães, entendidos socialmente, sugerem uma compreensão naturalizada da prática da Alienação Parental, e a inferência dessa prática, na maioria dos casos, às mães. Sorrateiramente, a violência simbólica se instaura, mascarando atravessamentos e marcadores dentro do complexo âmbito da Alienação Parental, suprimindo direitos e impondo injustiças, diante da má percepção e avaliação dos casos.

Diante desse contexto, acredito que é preciso uma reflexão aprofundada da LAP. Não é à toa que a lei divide opiniões entre juízes, advogados e representantes de institutos que visam proteger o direito dos mais vulneráveis, sobretudo as crianças e os adolescentes

5 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acredita-se que o viés da desigualdade estrutural de gênero, que perpassa a dinâmica da lei da Alienação Parental, se torna evidente. Salienta-se, portanto, que a violência simbólica implícita nesse processo e o lugar que é imposto às mulheres/mães nos processos institucionalizantes construídos no seio social, revela o predomínio vigoroso do encadeamento de práticas naturalizadas nas relações familiares.

Contudo, o objetivo dessa reflexão não é negar a prática da Alienação Parental por mulheres/mães, mas trazer uma reflexão crítica acerca do lugar inferido a mãe nesse processo, como também, trazer questionamentos a respeito das possíveis lacunas e brechas da lei da Alienação Parental.

14 TRINDADE (2010, p. 203) esclarece o conceito da Síndrome da Alienação Parental: “é um distúrbio do afeto, que se expressa por relações gravemente perturbadas, podendo, de acordo com a intensidade e a persistência, incutir falsas memórias, sem que, entretanto, ambas estejam diretamente correlacionadas. (TRINDADE, 2010, p. 203).

A discussão que envolve o ponto nevrálgico de debates polarizados em relação a revogação da lei da Alienação Parental, a respeito da reversão da guarda de mães para possíveis pais acusados de cometerem abuso sexual contra seus filhos, também fez emergir a necessidade de colocar em debate questões invisibilizadas dentro do contexto da Alienação Parental, o que permite complexificar o fenômeno.

Entretanto, muitos profissionais envolvidos nos processos de divórcio, que abrange a guarda de menores, não estão preparados para identificar o marcador forte de gênero, em relação ao fenômeno da Alienação Parental, e, em muitos casos, o texto frio da lei é o bastante para se encerrar um conflito.

O fato é que estamos diante de um fenômeno inegável, o qual tem trazido consequências devastadoras para o núcleo familiar e social.

De modo geral, são essas questões que coloco para pensarmos e podermos deslocar a naturalização de questões tão importantes e complexas que conformam essa prática.

Em suma, a meu ver, não fomos culturalmente educados a perceber que existem conflitos nas relações familiares e que igualmente esse ambiente é subjugado como um ambiente adoecedor. Embora isso pareça óbvio, não é. Temos a tendência de romantizar relações tóxicas e de minimizar seus efeitos nas relações familiares e os casos de Alienação Parental, entrecortados por denúncias de abuso sexual, revelam dificuldades e sobreposições de atravessamentos e marcadores sociais que precisam e devem ser colocados em evidência.

Este artigo buscou apontar, sem, contudo, pretender exaurir o tema, atravessamentos que contemplam, de maneira importante, a complexidade da Alienação Parental, nos casos que envolvem denúncia de abuso sexual, refletindo sobre o lugar da mulher/mãe dentro do fenômeno da Alienação Parental, e evidenciar a necessidade de uma reflexão crítica da lei para uma maior acuidade nas resoluções das situações de conflito que conforma esse núcleo.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Luiz Tarlei. **Coronéis, candangos e doutores:** por uma antropologia dos valores aplicada ao caso brasileiro. 1ª ed. Curitiba: Appris, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** Tradução Fernando Tomaz (português de Portugal). 9ª ed. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 1989.

__________. **A Dominação masculina.** Tradução Maria Helena Kühner. 10ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.

BRASIL. Senado Federal**. CPI dos Maus Tratos.** Projeto de Lei PL 498/18, 2018.

__________. Senado Federal. **Audiência Pública**. Debate do PL 498/2018. 25.06.2019. Disponível em: www.senado.com.br. Acesso em: 15 de agosto 2019.

__________. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Brasília. Dispõe sobre a alienação parental (DOU de 27/08/2010). Brasília, DF, ago 2010.

__________. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, Brasília.** Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, DF, dez 2014.

___________. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988: atualizada até a emenda constitucional. 31. ed. n. 39, de 19-12-2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONNELL, Raewyn. **Gênero em Termos Reais**. Tradução de Marília Mochkovich. São Paulo: nVersos, 2016.

CRUZ, Mônica da Silva; WAQUIM, Bruna Barbieri. **Os entrelugares do sujeito no discurso:** conjugalidade e parentalidade na alienação parental. Revista de Direito Privado, vol. 57, jan-mar/2014.

DEBERT, G. G. **Desafios da politização da Justiça e a Antropologia do Direito**. Revista de Antropologia, [S. l.], v. 53, n. 2, 2012. Disponível em: www.revistas.usp.br/ra/article/view/36433. Acesso em: 30 dez. 2020.

GARDNER, R. **Recent trends in divorce and custody.** Academy Forum, v. 29, n. 2, 1985. Disponível em: www.fact.on.ca. Acesso em: 10 de julho de 2019.

GEERTZ, Clifford. **O saber local:** novos ensaios em antropologia interpretativa. Tradução de Vera Mello Joscelyne. 7ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

LIMA. Roberto Kant. **Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada**. Anuário Antropológico/2009 - 2, 2010.

LIMA. Roberto Kant de Lima, BAPTISTA. Bárbara Gomes Lupetti. **Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico .** Anuário Antropológico, I, 2014.

IBDFAM. **Entrevista: Alienação Parental no CID-11 - Abordagem médica. IDFAM**, 2018. Disponível em: www.ibdfam.org.br/noticias. Acesso em: 12 de out de 2019.

ORTNER, Sherry B. **Poder e Projetos:** reflexões sobre a agência. Tradução de Sieni Campos; revisão de Fernanda Cardozo. Goiânia – GO, 2006.

PANDE, Rekha. **Desafios para o feminismo no século XXI:** uma perspectiva do sul da Ásia, focalizando especialmente Índia. In Gláucia de Oliveira Assis/ Luzinete Simões Minella/ Susana Bornéo Funk. (Org.) Entre Lugares e Mobilidades: desafios feministas. 1ª. ed. v. 03 Tubarão: Copiart, 2014.

RIFIOTS, Theophilos. **Violência, Justiça e Direitos Humanos:** reflexões sobre a judicialização das relações sociais no campo da “violência de gênero”. Cad. Pagu, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCOTT, J. **Gênero:** uma categoria útil de análise histórica. Educação & Realidade, 1995.

SOUZA, Euclydes de. **Alienação Parental:** Perigo Iminente. Disponível em: http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/204. Acesso em: 12 de julho de 2019.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Uma análise crítica da Síndrome de Alienação Parental e os riscos de sua utilização nos Tribunais de Família**. Coimbra
Editora. Julgar, nº 13. Disponível em: www.julgar.pt. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito** - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.203.

VIANNA, Adriana e LOWENKRON, Laura. **O duplo fazer do gênero e do Estado:** interconexões, materialidades e linguagens. Cad. Pagu. Online. 2017, n. 51.

WAQUIM, Bruna Barbieri. **Alienação Familiar Induzida: aprofundando o estudo de alienação parental.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CAPÍTULO 8

DA GUARDA COMPARTILHADA DOS FILHOS EM DIVÓRCIOS LITIGIOSOS, RESPONSABILIDADES DOS PAIS

Data de aceite: 25/03/2021

Karina Suelen Trizoti Martins
Faculdade de Apucarana – FAP

Luis Gustavo Liberato Tizzo
Centro Universitário de Maringá - UniCesumar.
Professor da FATECIE, da FAP e da UNOPAR

RESUMO: A presente monografia tem como objetivo principal analisar a aplicação da guarda compartilhada no Brasil, a qual foi devidamente regulamentada pela Lei nº 13.058 de 2014. O estudo incialmente traz o conceito de família, realizando uma breve digressão por suas espécies e entidades. Seguidamente aborda temas relacionados as responsabilidades dos parentais, quanto ao dever de cuidado e proteção integral do menor. Observa questões pós divórcio, se devem os genitores exercer a guarda conjuntamente ou de forma unilateral dependendo sempre da situação mais benéfica ao infante e de acordo com cada caso especifico. Pois a premissa do trabalho, baseia-se na busca pelo Superior interesse da criança e adolescente, analisando se tal convivência compartilhada, realmente corresponderá a essas melhores condições que lhes assegurados pela Constituição. Serão analisados critérios do poder familiar, referente aos encargos.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda compartilhada; responsabilidade parental; melhor interesse da criança ou adolescente.

OF THE SHARED CUSTODY OF CHILDREN IN LITIGIOUS DIVORCES, PARENTAL RESPONSIBILITIES

ABSTRACT: The present monograph has the objective to analyze the shared guard application in Brazil, which was properly regulated by the Law No. 13,058 of 2014. Initially the study brings the concept of family, realizing a brief discussion by its species and entities. Then addresses themes related to parental responsibilities, regarding the duty of care and integral protection of the minor. Observes the post-divorce questions, if the genitors must exert the guard together or in a unilateral way, depending always o the most beneficent situation to the infant and according with each specific case. For the premise of work, is based on the search for the superior interest of the child and teenager, analyzing if such shared coexistence, will really correspond to these best conditions that assures them by the Constitution. Will be analyzed gauges of the familiar power, referent to the charges.

KEYWORDS: Shared guard; parental responsibility; best interest of the child or teenager.

DE LA CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS EN LOS DIVORCEOS DEL LITIGIO, RESPONSABILIDADES DE LOS PADRES

RESUMEN: El objetivo principal de esta monografía es analizar la aplicación de la custodia compartida en Brasil, que estaba debidamente regulada por la ley No 13.058 de 2014. El estudio trae incialmente el concepto de familia, realizando una breve digresión por

sus especies y entidades. A continuación, se examinan cuestiones relacionadas con las responsabilidades parentales en relación con el deber de cuidado y la protección integral del niño. Observa cuestiones posteriores al divorcio, si los padres deben ejercer la custodia de forma conjunta o unilateral dependiendo de la situación más beneficiosa para el bebé y de acuerdo con cada caso específico. Porque la premisa de la obra se basa en la búsqueda del interés Superior del niño y adolescente, analizando si tal convivencia compartida, realmente corresponderá a estas mejores condiciones que están aseguradas por la Constitución. Se analizarán los criterios del poder familiar, refiriéndose a los cargos.
PALABRAS CLAVE: Custodia compartida; responsabilidad parental; interés mejor del niño o adolescente.

1 | INTRODUÇÃO

O respectivo trabalho, tem por objetivo o estudo da guarda dos filhos de forma compartilhada, sob o aspecto legislativo, em casos de divórcio litigioso, analisando as responsabilidades parentais envolvidas neste contexto.

A guarda compartilhada, apesar ser apregoado como regra no ordenamento jurídico, atualmente é considerada rejeitada nas relações da sociedade brasileira, posto que as partes envolvidas muitas vezes possuem descontentamento com sua aplicação. Pois a lei ao atribuir as prerrogativas do exercício da guarda compartilhada, atribuiu responsabilidades a ambos os pais, devendo eles decidirem conjuntamente sobre todas as questões de fato e direito do menor, que lhe são assegurados pela Constituição Federal.

Rotineiramente a resolução desses assuntos estimulam ainda mais os atritos dos genitores, principalmente quando não há concordância ou boa convivência entre eles, pois ao decidirem casos específicos da vida cível do filho, entram em um jogo de desavença, não chegando a nenhuma decisão. Assim, neste intuito o presente tema procura responder estas e outras questões relacionados aos menores, sobre o ponto de vista jurídico e doutrinário, abrangendo assuntos como: tipos de núcleo familiar, poder parental, tipos de guarda, guarda compartilhada, e etc.

Trazendo um breve esclarecimento de como o uso da guarda compartilhada, poderá ou não influenciar na preservação do melhor interesse da criança ou do adolescente. Narrando sobre os pontos negativos e positivos à dimensão consequencial da guarda compartilhada.

2 | DA FAMÍLIA: CONCEITO

O instituto da família está intimamente ligado a própria vida, uma vez que, as pessoas provêm de um organismo familiar, e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência[1], estando nela implantado pelo nascimento ou por laços afetivos, adquirindo

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Direito de família**. Ed.9. São Paulo: Saraiva, 2012, Vol. 6.p. 23

através dela sua personalidade e seu caráter[2]. Carlos Roberto Gonçalves[3] leciona que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, sendo o núcleo fundamental a qual pousa a organização social. Aparece ainda como uma instituição necessária e sagrada, merecendo toda e qualquer proteção governamental.

Maria Helena Diniz, em uma tentava de conceituar o instituto de família, discorre:

Todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole[4]

Assim, família é no entanto, a união ou aglomerado de pessoas ligadas entre si por consanguinidade, sendo aqueles denominados de "parentes", bem como os que possui laços de afetividade, carinho, cuidado, entretanto sem possuírem necessariamente vínculos biológicos entre eles. Segundo Patrícia Pimentel "a evolução do direito de família, com a consagração dos princípios previstos na Constituição Federal/88, transformou o casamento e a família de modo geral em instrumento de felicidade e promoção da dignidade de cada um de seus membros, fulcrada no respeito e na realização pessoal destes"[5].

2.1 Especies de famílias

Atualmente o ordenamento jurídico reconhecem novas espécies familiares, como é o caso das uniões estáveis, as uniões homoafetivas, e as denominadas famílias monoparentais, as quais foram consideradas pela CFB/88, entidades familiares.

A família matrimonial era a única existente até 1988, sendo conceituada como aquela proveniente do casamento, onde os indivíduos ingressavam por vontade própria na sociedade conjugal. Essa modalidade encontra amparo legal no artigo 1.514 do CC/02, que dispõe: "O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados".[6]

A entidade familiar começou a mudar seu conceito gradativamente, sendo reconhecido as relações extramatrimoniais sob o nome de União Estável, consequentemente regulamentada pela lei 9.278/96, não exigindo qualquer tempo de convivência para sua tipificação[7]. Esta espécie de família diz respeito à união entre pessoas, convivendo sobre o mesmo lar, sem nenhuma formalidade e sem nenhuma certidão embora possa ser registrada se desejar, são unidas pelo vinculo de afinidade entre os indivíduos.[8]

2 LOCKS, Jessica Cristina dos Anjos. **As novas modalidades de família**, 2012. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2728/as-novas-modalidades-familia> acesso em: 20 jun. 2019

3 GONÇALVES, Carlos Roberto, 2012, p. 23

4 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. **Direito de família**. 23.ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, Vol.5, 2008, p.9-10

5 RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada:** novos paradigmas direito de família**,**2016. p. 30

6 LOCKS, Jessica Cristina dos Anjos. 2012.

7 LIMA, Ana Carolina Santos. **Evolução histórica da família e suas espécies no ordenamento jurídico brasileiro**. Jus navegandi. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64386/evolucao-historica-da-familia-e-suas-especies--no-ordenamento-juridico-brasileiro> acesso em: 21 jun. de 2019

8 LOCKS, Jessica Cristina dos Anjos. 2012. *Op. Cit.*

Já as famílias monoparentais, assim compreendendo a “comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes” de acordo com o disposto no §4º do art. 226, CFB/88[9], representando boa parte do país Brasileiro. Nesta classificação, a legislação não se preocupou em definir a entidade familiar, pois seu conceito está inserido a qualquer situação em que um adulto seja responsável por um ou vários menores, podendo se dar por meio da viuvez, da separação judicial, do divórcio, ou adoção etc[10].

Seguidamente aparece a figura da família Anaparental, àquela criada pela convivência entre parentes dentro de uma mesma estrutura organizacional e psicológica, visando a objetivos comuns, pois residem no mesmo lar, pela afinidade, pelas questões financeiras ou emocionais, como o medo de viver sozinho[11]. Esta espécie de família, pode ser identificada, quando: à existência de dois irmãos residindo juntos sem a presença dos pais; quando os primos dividem a mesma casa e etc; Isto é, desde os integrantes constitui um núcleo familiar baseado no sentimento de família[12].

O instituto da adoção, acaba por estabelecer outro conceito de entidade familiar qual seja a Família substituta, espécie está onde seus membros não são aliados por laços consanguíneos, mas sim por fraternidade, carinho, compaixão, podendo ser ela temporária ou permanente[13].

As uniões homoafetivas, atualmente é reconhecida como entidade familiar, resultado de vários movimentos e manifestações realizados pelos seus defensores até os dias contemporâneo, na luta pela igualdade e aceitação, e demais direitos. A família homoafetiva, é constituída por pessoas do mesmo sexo, unidas por laços afetivos. Entretanto, seu reconhecimento no Brasil, advém apenas de decisões jurisprudenciais e doutrinas, a qual consolida este tipo de união e vem decidindo sobre seus efeitos, pois não possui uma legislação específica, mas deve ser aceita e respeitada.[14]

Nota-se que a constituição com objetivo trazer ampla proteção aos cidadãos brasileiros, consagrou o princípio de liberdade e igualdade a todos, inclusive regulamentando e trazendo os vários outros tipos e espécies de família, assegurando-lhe direitos fundamentais a uma vida digna, bem como, reconhecendo a diversidade de uniões existentes.

---

9 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** –atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. Ed. – Rio de Janeiro: forense.Vol. VI.2017, p. 45

10 LIMA, Ana Carolina Santo. 2018, acesso em 22 jun. 2019

11 VIANNA, Roberta Carvalho. **O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=novas%20modalidades%20de%20familia&source=web&cd=8&cad=rja&ved=0CEwQFjAH&url=http://revista.esmesc.org.br/re/article/download/41/45&ei=QYZsUOSzL4am8QTryYGwBg&usg=AFQjCNH1SSftEzhEWE4-NQOE_qykaTdnvA>. Acesso em: 22 jun. de 2019.

12 PORTILHO Silvia de abreu Andrade Portilho; REZENDE, Graciele Silva. **União homoafetivas como modelo de família no brasil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65879/uniao-homoafetiva-como-modelo-de-familia-no-brasil> acesso em: 23 jun. 2019

13 LOCKS, Jessica Cristina dos Anjos. 2012, acesso em: 23 jun. 2019

14 *Ibidem*.

3 | ASPECTOS DO PODER FAMILIAR

A Constituição Federal/88 cuidou de trazer em seu artigo 5º, o Princípio da Igualdade entre o homem e a mulher, “ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres a sociedade conjugal, outorgou a ambos os genitores o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns[15]”. De igual modo vem o Código Civil de 2002, e disciplina acerca das responsabilidades dos pais, trazendo um como título “Da Proteção dos filhos”, regulamentando aspectos no ambiente familiar nas hipóteses de dissolução da união conjugal.

Conforme Gonçalves, o conceito de poder familiar caracteriza-se como “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante a pessoa e aos bens dos filhos menores”. [16] O autor aduz que os filhos adquirirem direitos e bens por várias formas, diferentes daquelas obtidas pela sucessão dos pais, devendo, seus responsáveis defender e administrar esses direitos e bens, e, representá-los em juízo”. [17]

O poder familiar nada mais é do uma obrigação pública, imposta por lei aos pais, afim de que zelem pelo futuro de seus filhos, “pois interessa ao Estado a proteção das novas gerações que representam o futuro da nação”.[18] A autoridade parental, traduz na obrigação do pai e mãe dirigirem seus esforços a proporcionar aos filhos todas as condições possíveis e necessárias de criação e desenvolvimento de suas personalidades, direcionados no interesse exclusivo do filho, servindo proteção e educação.[19]

3.1 Direitos e deveres e a responsabilidade dos pais

Os direitos e deveres quanto ao poder familiar estão amparo por lei, disposto no art. 1.634 do CC/02, bem como nos dispositivos do Estatuto da Criança ou Adolescente, a qual traz condições legais aos progenitores, em representarem o melhor interesse do filho colaborando para seu crescimento.

Segundo Flavio Tarture, “Tais atribuições devem ser como verdadeiros *deveres legais* dos pais em relação aos filhos. Assim a sua violação pode gerar a responsabilidade civil da autoridade parental por ato ilícito, nos termos dos requisitos constantes do art. 186[20] do CC/02”[21]. O referido dispositivo, é aplicável nos casos do pai ou da mãe, cometer negligente, omissão ou imprudente em face do menor, causar-lhes danos ou prejuízos aos seus direitos, devendo ser responsabilizados por tais atos ilícitos, considerando que

---

15 DIAS, Maria Berenice**. Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 382

16 GONÇALVES, Carlos Roberto. 2012. p. 360

17 GONÇALVES, Carlos Roberto. 2012. p. 360

18 FRIGATO, Eliza. **Direito de família**. Direito Net. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceito-caracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao> acesso dia 12 maio 2019

19 RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. 2016.

20 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> acesso em: 18 maio 2019

21 TARTUCE, Flavio. **Direito de Família**, 12 ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: 2017. Vol. 5 p. 298.

violaram o dever de cuidado a qual possuem.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 18-B[22], existem medidas que deveram serem adotadas nos casos, da criança ou adolescente receberem algum tipo de tratamento cruel ou degradante de seus responsáveis.

Portanto, aos pais e responsáveis, considera-se inadmissível qualquer forma de violação aos direitos fundamentais da vida civil, humana, física ou mental dos menores, sob pena de responderem judicialmente pelos atos ilícitos praticados. Os detentores do poder parental, tem o dever de preparar a criança no desenvolvimento de sua personalidade, ensinando os bons costumes, meios étnicos e morais para que futuramente tornarem-se pessoas toleráveis, harmônicas, solidaria, educada, respeitando as normas imposta pela sociedade, bem como respeitar os direitos de outros indivíduos.

Já os atributos na ordem patrimonial dos menores, dizem respeito a administração e aos direitos de usufrutos de bens[23], disposto no artigo 1.689 do CC/02, pois os infantes não possuem capacidade de gerir sua vida civil, nem mesmo governar seus patrimônios, devendo ser representados até os 16 anos, e posteriormente assistidos até 18 anos.[24] Conforme preconiza Gonçalves, "(...) os pais devem zelar pela preservação do patrimônio que administra, não podendo praticar atos dos quais possam resultar uma diminuição patrimonial"[25]. No caso de haver alteração ou disposição dos bens, sem autorização judicial, deverão ser ditos como nulos os atos praticados, vez que está devidamente previsto a nulidade em tal hipóteses[26].

4 | GUARDA: CONCEITO E SUAS MODALIDADES

Segundo Patrícia Pimentel[27], a primeira abordagem sobre o tema, diz respeito a guarda natural, que decorre do reconhecimento do filho, na forma do art. 1.612 do Código Civil/02, a qual dispõe: "o filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor".[28] Assim, ao efetuar a certidão de nascimento do filho, a mãe, o pai ou ambos lhe garantem o direito ao nome, à nacionalidade, vínculos familiares e direito daí decorrentes, bem como tornam-se titulares do poder familiar. Já o filho não reconhecido pelo pai, na forma do art. 1.633[29] do Código Civil, fica sob o poder

22 Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso;

23 GONÇALVES, Carlos Roberto. 2012, p. 368

24 DIAS, Maria Berenice, **Manual direito de família**. 4 ed. em e-book baseada na 11. ed. Atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 791

25 GONÇALVES, Carlos Roberto. 2012. p. 369

26 *Ibidem.*

27 RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira. 2016, p. 48

28 BRASIL. **Lei nº 104016 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil 2002. Acesso em 20 jul. 2019

29 Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida

familiar exclusivo da mãe[30].

Menciona Dias, com o rompimento da convivência dos pais, há uma fragmentação dos componentes da autoridade parental, mas ambos continuam detentores do poder familiar[31], pois a guarda dos filhos são implicitamente conjuntas, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais. Renata Stoco Nunes[32], aduz que: "em alguns casos, a guarda pode ser concedida para outras pessoas, independente de compor ou não o grupo familiar, desde que haja necessidade, mas é dada a preferência aos membros da família, levando em consideração a afinidade com o menor, (art. 1.584 CC/02).

A guarda unilateral encontra respaldo jurídico no caput do art. 1.583[33], e §1º do CC/02 que dispõem o seguinte: § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (...). Este modelo de guarda será definido de forma consensual entre os genitores, conforme disposto no art. 1.584, inc. I, do CC/02[34], ou no caso de um dos genitores declarar expressamente perante o juiz que não deseja a guarda compartilhada (art. 1.584 §2º, do CC/02[35]). Além desses métodos, existe o caso da perda do poder familiar ou quando não houver o reconhecimento do filho, a guarda será una. Correspondendo a um dos pais a posse do filho e ao outro genitor o direito de visitas.

Já em relação a guarda alternada, o menor submetido passará a manter durante um tempo acordado entre os genitores, a presença de ambos; enquanto um visita, o outro é guardião e vice e versa.[36] Esta modalidade de guarda é frequentemente confundida com a compartilhada, mas possuem características próprias. O intuito da alternância é atribuir a cada genitor a inteira responsabilidade do infante ou adolescente por determinado período, revezando o dever de cuidado entre o pai e a mãe. Alguns doutrinadores, entendem que este instituto de guarda, não deve ser aplicada no caso prático, isto porque não corresponde as essenciais condições de zelo e proteção do infante; pois deixa a criança confusa, e sem referencial.

A guarda de fato estabelece naturalmente, quando alguém, sem intervenção judicial, toma a seu cargo a criação e educação do menor, ou quando o menor desprotegido é entregue pelos pais a terceiro[37]. Esta espécie de guarda, está devidamente regulamentada

ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor. (BRASILEIRA, Código Civil 2002)

30 RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira. 2016, p. 48

31 DIAS, Maria Berenice. 2016, p. 879

32 NUNES, Renata Stoco. **Guarda compartilhada no ordenamento jurídico**. Disponível em: <https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/guarda-compartilhada-no-ordenamento-jurIdico.htm#capitulo_4.1> acesso em: 21 jul. 2019

33 BRASIL. **Lei nº 104016 de 10 de janeiro de 2002**. Código civil brasileiro. Acesso em: 18 Maio 2019

34 Art. 1.584. A guarda, unilateral (...) poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (*Ibidem)*

35 § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (*Ibidem*)

36 AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 94

37 OLIVEIRA, José Francisco Basilio de. **Guarda compartilhada, comentários a lei nº 11.698/08**. Rio de Janeiro:

no Artigo 33, §1º do Estatuto da criança ou adolescente, que dispõe: "§1º guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente (...)[38].

Já a guarda provisória e a definitiva não são exatamente modalidades de guarda, trata-se apenas de decisões do juiz pode sofrer alterações. Aplicara a guarda provisória observando situações de risco, a qual o menor pode sofrer, até que seja analisados todas as condições para conceder em definitivo a guarda para um dos genitores ou para ambos.

4.1 Guarda compartilhada: Analise da modalidade

A guarda compartilhada praticada no Brasil, tem como modelo, os métodos aplicados por outros países, a única diferença é referente ao poder familiar, pois a legislação brasileira busca respeita-la sempre que possível. Nesse sentido leciona Antônio e Mario: O que se deve verdadeiramente privilegiar, em vista disso é o poder parental, o que não acontece em outros ordenamentos jurídicos, como o da Itália" (Coltro; Delgado 2018, pag. 27).[39]

A nova Lei 13.058 de 2014 trouxe alterações consideráveis ao Código Civil de 2002, estabelecendo o significa da expressão guarda compartilhada, prevendo ao magistrado a priorização de sua aplicação. Exceto quando algum dos genitores declarar o desejo de não compartilhar a guarda da criança ou quando o juiz, justificar a opinião pela unilateralidade da guarda.[40]

A guarda compartilhada tem por objetivo, garantir aos pais o contato e a convivência de modo igualitário, mantendo os laços de afetividade de forma a minorar os efeitos que a separação acarreta, conferindo aos pais as tomadas de decisões conjunta e o exercício do poder familiar, motivando a participação dos genitores a serem competentes para responderem solidariamente pelos encargos da vida civil dos filhos. A própria norma brasileira, regulamenta está espécie de guarda como uma modalidade positiva, pois ao disciplinar a guarda compartilhada, dispôs que o modelo será aplicado sempre que possível, tornando-se assim uma regra para as decisões judiciais.

Ocorre que muitas vezes esse regime de guarda não corresponde ao superior interesse do menor, e pode trazer eventuais prejuízos a esses, contribuindo negativamente ao desenvolvimento saudável do infante. Como é o caso do pai ou mãe morar longe do filho; exercer profissão que acarrete sua ausência ao cuidado do infante; possuir uma casa inadequada para receber a criança[41]. Além disso, é importantíssimo que os pais tenham um bom relacionamento, a ausência de um bom convívio após o término pode acarretar a denominada alienação parental ao invés de soluciona-la, onde o menor e tratado como

---

espaço Jurídico. 2008 p. 141.

38 BRASIL, Lei nº 8.069, de julho de 1990, **Estatuto da criança e adolescente**. Acesso em: 02 ago. 2019

39 COLTRO, Antônio Carlos Mathias. DELGADO, Mario Luiz. **Guarda compartilhada** – 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. pag. 27

40 MANSUR, Gisele Muller. **Evolução histórica da guarda compartilhada**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16956> acesso em: 19 abr. de 2019

41 WELTER, Belmiro Pedro. **Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família**. In: In: Guarda Compartilhada. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009. p. 55

objeto aos olhos do detentor da guarda[42]. Realizando atos de vingança pessoal, como: alienações parentais, influencias psicológicas negativas, e outras atitudes que ferem não apenas direito do outro genitor, mas também do infante que é a única vítima neste tipo de relação. É contraindicado, quando um dos pais apresentar distúrbios, vícios, desestabilidade emocional e psicológica, doença mental e outras situações que possa colocar a criança em risco de vida, não podendo ser aplicável.[43]

É possível que na pratica a guarda compartilhada esteja fluindo bem para os genitores, mas para a criança é algo prejudicial, como na adaptação de rotina dos novos lares.[44] Com essa situação a criança passa a representar baixo rendimento escolar, dificuldade de se enturmar com os colegas, quadro depressivos, estado violento, e outros sinais que evidenciam a dificuldade enfrentada pelo menor.[45] Portanto, cada caso deve ser analisado com cuidado, aplicando o estudo social e psicológico, devendo evidentemente ser aplicada o melhor modelo, visando favorecer o interesse do menor.[46]

5 | PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DO MENOR

Este princípio é visto como um princípio orientador para a resolução de diversas situações inerentes ao menor, isto porque sempre que possível deve ser observado com cautela cada questão relacionada ao infante e posteriormente aplicar aquilo que for mais benéfico ao menor, correspondendo ao seu superior interesse.

O princípio do melhor interesse da criança tem norteado tratados e convenções humanitárias em todo o mundo. Sua origem prende-se ao instituto do *parens patriae*[47], utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei da Coroa a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria.[48]

Assim, a convenção Internacional dos Direitos da Criança, no intuito de trazer proteção à criança e adolescente, celebrou um tratado, a qual foi aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989, decretando assim o referido princípio[49]:

---

42 HORTA, José Carlos Moraes. Guarda compartilhada, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49187/guarda-compartilhada> acesso em: 03 de ago. 2019

43 DOMINGUES, Leandro Fagundes. **A nova lei da guarda compartilhada**. In: Âmbito Jurídico. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16529&revista_caderno=14>. Acesso em 18 abr. 2019

44 *Ibidem.*

45 *Ibidem.*

46 BRESSAN, Vinicius Costa, apud LEITE, Eduardo Oliveira, 2003, p. 266. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6819#_ftn2> acesso em: 22 de abr. de 2019

47 O *parens patriae* seria a autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica, mecanismo que autoriza o Estado a assumir as regras de orientação paternal e definir a custódia de uma criança quando ela se tornava delinquente, abandonada ou precisava de cuidados especiais que os pais biológicos não estavam em condições de oferecer. (Patrícia Pimentel)

48 RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. 2016, apud, PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança, in O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar (coordenação: Tânia da Silva Pereira). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1

49 BRESSAN, Vinícius Costa. 2009. Acesso em: 24 ago. 2019

> A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal, em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.[50]

No Brasil, a proteção integral do menor é um princípio abordado pela Constituição Federal, em seu art. 227[51], bem como pela lei especifica - Estatuto da Criança e Adolescente - ECA. Essa proteção segundo o doutrinador inclui em duas dimensões: a proteção realizada pelos pais e a proteção do Estado[52].

Pois os primeiros educadores são os pais e familiares, sendo que na falta do pai e da mãe, ou do responsável legal o Estado não apenas fiscalizará a criação como, antes, terá a seu encargo que determinar a quem caberá a atribuição de educar, se irá a família substituta, a parentes ou não, ou se a criança terá que ir para um abrigo.[53]

Diniz, destaca que: “tal princípio, permite o pleno desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente é a diretriz solucionadora dos conflitos, advindas da separação ou divórcio dos genitores”.[54]

Por certo ninguém sabe quais são os melhores interesses de uma criança ou adolescente, pois eles devem ser avaliados pelos julgadores como parte de um processo onde as regras serão aplicadas.[55] Isto é, o juiz tem que ter em mente as questões consideradas mais favoráveis ao infante. Apesar de não poder definir os benefícios do menor, é evidente que o princípio do superior interesse deve respeitar a importância de cada criança como um indivíduo com opiniões de curto e longo prazos, além das perspectivas de meio de vida, tendo em conta que a criança é um ser humano em desenvolvimento.[56]

Para a Psicologia os menores necessitam de dependência segura, pois o relacionamento próximo e adequado a cada fase leva a uma vinculação inabalável, a qual permite que a criança explore com confiança o mundo ao seu redor. [57] Sendo de fundamental importância a realização de estudo psicossocial, para obter as condições que melhor atende as necessidades do infante.

Por fim, o melhor interesse do menor não tem definição própria, pois aquilo que corresponde a benevolência de um prejudica o desenvolvimento de bem-estar de outro.

---

50 *Ibidem.*

51 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em: 24 ago. 2019

52 CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini, 2015 Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582713334/cfi/6/36!/4/6/234@0:76.1> acesso em: 24 ago. 2019

53 CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini. 2015. Op. Cit.

54 DINIZ, Maria Helena. 2008, p. 23

55 VENDRUSCOLO, Aline Maria Fernandes. **Sequestro internacional de crianças e o princípio do melhor interesse da criança.** 2011, p. 73. Acesso em: 16 ago. 2019

56 VENDRUSCOLO, Aline Maria Fernandes. 2011, op. cit. p. 73

57 CEZAR-FERREIRA, Veronica a. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. p. 163, acesso em: 24 ago. 2019

Sendo de fundamental importância a realização de estudo psicossocial, para obter as condições que melhor atende as necessidades do infante.

6 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que concerne as prerrogativas elencadas na problemática da presente monografia, entende-se que a guarda compartilhada muito embora é consagrada pela legislação especifica como o modelo mais adequado, a ser aplicado nos casos de divórcio litigiosos, muitas vezes não atende o objetivo comum. As decisões tomadas tem sempre como intuito, as melhores formas de convivência na sociedade e dos núcleos familiares existentes, haja vista que a família é considerada pela CFB a base da sociedade brasileira.

Seguidamente verifica-se as reponsabilidades e o dever de proteção integral quanto a guarda do filho, independentemente do tipo de modalidade. Posteriormente encontra-se a previsão de algumas penalidades que incorre o pai ou o responsável legal do menor por ato omissivo e negligente a segurança do infante.

Logo em seguida a pesquisa realizada, abordou os modelos de guarda e seus conceitos jurídicos, analisando brevemente cada espécie sobre a ótica jurídica, doutrinaria e suas causas de aplicações. Os métodos utilizados pelo legislador se limitam as situações ocorridas na pratica, as quais serão estudadas, observadas e aplicada o modelo que melhor condiz com a realidade em questão. Foi elaborada a pesquisa sobre a origem histórica e social, explorando o conceito doutrinário e jurídico da Guarda compartilhada, demonstrando as prioridades do seu instituto e as causas negativas de sua eventual aplicação.

Doutrinadores afirmam, que tal modelo corresponde a sociedade atual, a qual impõe obrigações tanto a mãe quanto ao pai, que terão não apenas o encargo de auxilio material, mas o conjunto de cuidado, zelo, educação, carinho e outras questões de ordem a qual lhe são assegurados. Em contrapartida as questões sobre a ótica dos efeitos negativos da guarda compartilhada, derivam de conflitos já existente dos pais, que por magoa, rancor, ódio, de um casamento mal resolvido, influenciando os genitores a tomarem decisões muitas vezes egoísta, que não condizem com o bom desenvolvimento do filho.

Isto é, ao investe do modelo de guarda amenizar as situações de atritos, muitas vezes acaba por influenciar ainda mais este jogo de interesse entre os genitores que possuem uma péssima convivência, não conseguindo sequer decidir conjuntamente sobre as questões inerente a vida progresso do filho.

Assim, a guarda compartilhada não será vantajosa. Pois os genitores possuem um relacionamento conturbado, deixando os filhos em situações degradante e confuso, não alcançando o objetivo comum de uma guarda, qual seja propiciar zelo e proteção à criança, bem como colaborar com seu desenvolvimento físico e mental.

Finalmente, o estudo abordou o Princípio do superior interesse do menor, que estão relacionados a todos os demais temas mencionados na presente monografia. Isto

significa que ao aplicar qualquer modalidade inerentes aos direitos dos menores, criança e adolescente, deverá corresponder aquilo que for mais benéfico ao menor. No entendimento da doutrina este princípio é considerado o orientador para a resolução de muitos conflitos que evolve o menor. Concordando plenamente com os doutrinadores, o presente trabalho mostrou sobre a ótica jurídica e jurisprudencial o cabimento e a observação ao princípio em todas as circunstâncias.

Para compreensão e observação do entendimento trazidos pelos conceituados doutrinadores, observe primeiramente os requisitos impostos pela lei ao tratar do poder parental ou da função da família aos cuidados com os filhos. Seguidamente verifica-se as reponsabilidades e o dever de proteção integral quanto a guarda do filho, independentemente do tipo de modalidade. Posteriormente encontra-se a previsão de algumas penalidades que incorre o pai ou o responsável legal do menor por ato omissivo e negligente a segurança do infante.

Essas prerrogativas previstas e assegurados por lei, em todos os momentos então ligadas intimamente com o superior interesse do menor, devendo corresponder sempre com os melhores benefícios ao caso especifico, tendo em vista que não há um definição legal sobre o que seria este superior interesse, sendo necessário um estudo cauteloso do caso para que o julgador aplique as regras condizendo a situação.

O estudo, seguiu o método Dedutivo, que consiste em análise de determinadas premissas, para chegar a um entendimento. Teve como base a sistemática, da legislação específica e entendimentos jurisprudências.

Ademais a tese tomou como fonte de pesquisa os artigos periódicos, doutrinas jurídicas e textos oriundos da internet. As problematizações sociais foram apresentadas de maneira secundaria, com objetivo de melhor compreensão dos aspectos formulados.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 43.

BRASIL. **Lei nº 104016 de 10 de janeiro de 2002**. Código civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> acesso em 18 Maio 2019

BRASIL, Lei nº 8.069, de julho de 1990, **Estatuto da criança e adolescente**. Acesso em: 02 ago. 2019

BRESSAN, Vinicius Costa, apud LEITE, Eduardo Oliveira, 2003, p. 266. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6819#_ftn2> acesso em: 22 de abr. de 2019

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. DELGADO, Mario Luiz. **Guarda compartilhada** – 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. pag. 27

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p. 382

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Direito de família. 23.ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, Vol.5, 2008.

DOMINGUES, Leandro Fagundes. A nova lei da guarda compartilhada. In: Âmbito Jurídico. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16529&revista_caderno=14>. Acesso em 18 abr. 2019

FRIGATO, Eliza. Direito de família. Direito Net. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceito-caracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao> acesso dia 12 maio 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Direito de família. Ed.9. São Paulo: Saraiva, 2012, Vol. 6.

HORTA, José Carlos Moraes. Guarda compartilhada, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49187/guarda-compartilhada> acesso em: 03 de ago. 2019

LOCKS, Jessica Cristina dos Anjos. As novas modalidades de família, 2012. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2728/as-novas-modalidades-familia> acesso em: 20 jun. 2019

LIMA, Ana Carolina Santos. Evolução histórica da família e suas espécies no ordenamento jurídico brasileiro. Jus navegandi. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64386/evolucao-historica-da-familia-e-suas-especies-no-ordenamento-juridico-brasileiro> acesso em: 21 jun. de 2019

MANSUR, Gisele Muller. **Evolução histórica da guarda compartilhada**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16956> acesso em: 19 abr. de 2019

NUNES, Renata Stoco. **Guarda compartilhada no ordenamento jurídico**. Disponível em: <https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/guarda-compartilhada-no-ordenamento-jurIdico.htm#capitulo_4.1> acesso em: 21 jul. 2019

OLIVEIRA, José Francisco Basilio de. **Guarda compartilhada, comentários a lei nº 11.698/08**. Rio de Janeiro: espaço Jurídico. 2008 p. 141.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil –atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. Ed. – Rio de Janeiro: forense.Vol. VI.2017, p. 45

PORTILHO Silvia de abreu Andrade Portilho; REZENDE, Graciele Silva. **União homoafetivas como modelo de família no brasil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65879/uniao-homoafetiva-como-modelo-de-familia-no-brasil> acesso em: 23 jun. 2019

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada:** novos paradigmas direito de família **,**2016. p. 30

WELTER, Belmiro Pedro. Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser-em-família. In: In: Guarda Compartilhada. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009. p. 63

TARTUCE, Flavio. **Direito de Família**, 12 ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: 2017. Vol. 5 p. 298.

VENDRUSCOLO, Aline Maria Fernandes. **Sequestro internacional de crianças e o princípio do melhor interesse da criança.** 2011, p. 73. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/sequestro-internacional-de-criancas-e-o-principio-do-melhor-interesse.pdf.> Acesso em: 16 ago. 2019

VIANNA, Roberta Carvalho. **O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro**.
Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=novas%20modalidades%20de%20familia&source=web&cd=8&cad=rja&ved=0CEwQFjAH&url=http://revista.esmesc.org.br/re/article/download/41/45&ei=QYZsUOSzL4am8QTryYGwBg&usg=AFQjCNH1SSftEzhEWE4-NQOE_qykaTdnvA>.
Acesso em: 22 jun. de 2019

CAPÍTULO 9

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: A POSSIBILIDADE DE EXTRAJUDICIALIZACÃO E OS QUESTIONAMENTOS DECORRENTES DA MULTIPARENTALIDADE

Data de aceite: 25/03/2021

Nathalia Fiore Silva Dutra

Cláudio Henrique Urbanavicius Jodar

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar as novas formas de filiação que ocorrem no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a filiação socioafetiva. Para tanto, busca-se compreender os conceitos de família, filiação e afeto, bem como seu desenvolvimento junto à sociedade. Assim, faz-se uma análise temporal dos aspectos do direito Civil que evoluíram conforme as mudanças sociais e, ao constatar tais feitos, analisa-se minuciosamente como ocorre a filiação socioafetiva e o seu reconhecimento, que abre portas para a multiparentalidade, instituição esta a qual é nova no ordenamento jurídico, não tendo, ainda, positivação expressa na Carta Magna e Código Civil, apesar de se tratar de tema alvo de constante debate e representar a atual realidade social. Assim, tem-se a extrajudicialização da filiação socioafetiva como foco no presente artigo, bem como os questionamentos que a multiparentalidade traz à tona, respondendo-os sempre com atenção ao melhor interesse da criança.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Filiação. Afeto. Reconhecimento paternidade. Extrajudicialização. Pluriparentalidade.

ABSTRACT: The presente article intend to show new forms of filiation that are occurring in the Brazilian legal system, in special socioaffective filiation. Therefore, it's necessary to understand the concepts of family, filiation and affection, as well their development along with the society. So, it's made a temporal analysis of Civil Law's aspects that have evolved with the social changes, which, when noticed, are meticulously analysed as the socioaffective filiation and it's recognition open doors to multi parenting, something new in the legal system that has not been expressly quoted in the law, despite being in constant debate and a very current theme. That said, the out-of-court way to deal with this theme will be the focus of this scientific article, as well as it's questionings, which will be responded based on child's best interest.

KEYWORDS: Family. Filiation. Affection. Paternity. Extrajudicial.

1 I INTRODUÇÃO

A família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda a organização social, sendo que para chegar no conceito que se tem hoje, o instituto passou por diversas transformações. É algo que vem sendo construído desde a Idade Média, época em que as relações familiares eram diretamente influenciadas pelo Direito Canônico e mulher e filhos eram totalmente subordinados à figura do *pater familias*, ou seja, o pai tinha autoridade sobre os direitos de vida e morte de ambos. Apesar de, com o passar do tempo, mãe e filhos terem conquistado maior autonomia, estes tendem a conservar-se vinculados durante toda

a sua existência. Dessa forma, sendo a instituição necessária e sagrada que é, merece ampla proteção do Estado, restando à Constituição Federal e ao Código Civil regular e estabelecer sua estrutura e demais relações, sem, no entanto, defini-la, devido a sua natureza e extensão.

Ainda, com a evolução da instituição, o Direito de Família regula não somente as relações entre pai, mãe e filhos, como também abrange todas as pessoas ligadas por sangue, em linha reta ou colateral, ou as unidas por afinidade ou por adoção. Dessas relações surgem diversos outros institutos regulados pelo Direito, como o poder familiar, a sociedade conjugal, direito a alimentos, etc.

No estudo das relações de parentesco, o vocábulo que, em sentido estrito, abrangia tão somente a relação de pessoas que descendem do mesmo tronco, em sentido amplo inclui outras formas, conforme o art. 1523 do Código Civil, que preceitua ser o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou **outra origem**. Isso é resultado da harmonização entre os diplomas legais e a constante transformação social, acolhendo os mais diversos tipos de entidades familiares e a afetividade tornou-se elemento constituinte desses novos modelos.

Desmembrando o artigo, é natural o parentesco que resulta de laços de sangue e civil o que advém de criação da lei. A expressão outra origem mostra avanço no Código Civil de 2002, alcançando não somente a adoção, como o Código Civil de 1916, mas também casos de reprodução assistida heteróloga e demais casos de inseminação artificial, ou ainda a filiação socioafetiva, que será o principal tema deste trabalho.

O conhecimento das formas de parentesco possui grande importância prática, tendo em vista que estas são dotadas de efeitos jurídicos relevantes, de ordem pessoal e patrimonial, como por exemplo o fato de parentes não poderem se casar uns com os outros ou casos de suspeição em relação às partes e juiz de um processo. É válido ressaltar que, independente da forma como for reconhecido, o parentesco é o mesmo, não podendo ser objeto de discriminação.

Logo, o presente artigo científico tem como finalidade analisar a filiação socioafetiva, suas formas de ocorrência e os problemas de poder familiar que decorrem da multiparentalidade, tema este ainda muito divergente. Portanto, será verificado também qual o entendimento dos tribunais nacionais. Deste modo, por meio de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, serão apresentadas noções sobre família, sobre o poder familiar, a afetividade nas relações e a transformação destes institutos ao longo do tempo, explicando as necessidades de mudança e as consequências que isso traz para a nossa sociedade.

2 I FAMÍLIA E PODER FAMILIAR

Para melhor compreender os avanços nas relações familiares é necessário delimitar o que é e como funciona a entidade familiar, tendo em vista sua função e importância na

sociedade. Assim, esta é vista como "um microssistema social, em que os valores de uma época são reproduzidos de modo a garantir a adequada formação do indivíduo" (ALVES apud DA ROSA, 2014, p. 20).

A família é responsável pela criação de todo ser humano, desempenhando papel essencial no desenvolvimento de todos os seus membros, desde o nascimento até a morte. Dessa forma, é considerada a base da sociedade e recebe proteção especial do Estado, como preconiza o art. 226 da Constituição Federal, transformando assim o Direito de Família em um dos direitos mais importantes no ordenamento jurídico, consagrado não somente na Carta Magna, como também no Código Civil de 2002. Pode-se dizer que é o ramo que mais atinge a vida pessoal dos indivíduos, regulando do casamento às mais diversas relações de parentesco, bem como do direito patrimonial.

É no âmbito familiar que se molda cada indivíduo com sua personalidade e individualidade, guiando assim o propósito da convivência em sociedade e a busca da realização pessoal. É também no âmbito familiar que encontra-se o poder familiar, exercido, em regra, por ambos os pais com um caráter protetivo em relação aos filhos, consistindo em um conjunto de direitos e obrigações, em obediência ao princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, buscando sempre o melhor interesse.

Recentemente, esse direito tem passado por diversos tópicos de discussão, tendo em vista a desconstrução do padrão patriarcal familiar e o surgimento de novas formas de família. Essa liberdade na forma de constituição é proveniente de um princípio constitucional, vez que, instaurado o regime democrático, foi revelada enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, dando ao âmbito familiar mais igualdade e liberdade, como explica Dias (2014, p. 66):

> Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. A insônia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal.

Assim, tornou-se um desafio para o Direito delinear o conceito de família, uma vez que esta deixou sua forma singular, constituída apenas pelo casamento, e passou a ser plural, surgindo assim diversos arranjos familiares que começaram a buscar seu 'lugar ao sol', isto é, sua legitimidade, legitimação e proteção jurídica como produto do reconhecimento pelo Estado.

3 | DA FILIAÇÃO

Analisando o evoluir da sociedade e o mosaico de diversidade das novas famílias, nesta mesma perspectiva observa-se que a filiação também foi alvo de profundas mudanças. O que era algo exclusivamente biológico, comprovável por meio de exames

laboratoriais, transformou-se em laços familiares muito além do liame genético. O afeto, elemento identificador das entidades familiares, passou a servir de parâmetro também para a definição dos vínculos parentais.

Através da Constituição Federal, com fulcro no princípio da dignidade humana a instituição família passou a ter novas características:

> A família passa a ser, fundamentalmente, um meio de promoção pessoal de seus membros, e o único requisito para sua constituição deixa de ser jurídico (como era o casamento) e passa a ser fático, ou seja, o afeto. A entidade familiar atualmente é reconhecida como uma comunidade de afeto, de ajuda mútua, de realização da dignidade como ser humano. O ***affectio familiae*** torna-se o elemento radiador da convivência familiar (DA ROSA, 2014, p. 47)

Assim, fica claro a transformação recorrente na formação de uma entidade familiar. Vê-se o abandono, mesmo que lento, da estrutura em que o poder masculino era superior à mulher e os filhos, fato que era e ainda é influenciado pela estrutura política, religiosa e procracional. Isso não é apenas facilita, mas torna menos árdua a vida de crianças que sofrem abandono, passando demasiado tempo de vida em instituições de assistência social, tornando possível a adoção não apenas pela família tradicional mas também pelos relacionamentos homoafetivos que, aos poucos, vão conquistando seu espaço na sociedade.

3.1 Os critérios da filiação

Cada família tem a liberdade de efetivar a filiação pelo método que desejar, seja através de mecanismos biológicos, por adoção, fertilização mecanicamente assistida, ou por meio do afeto da condição entre pai e filho. Isto posto, juridicamente falando, temos 3 critérios para tratar do tema e determinar a filiação, quais sejam: o critério legal ou jurídico, que decorre de uma presunção relativa imposta pelo legislador em situações indicadas no texto de lei; o critério biológico, baseado no vínculo genético; e o critério socioafetivo, em razão do laço de solidariedade e amor que unem certos indivíduos. Vale ressaltar, ainda, a inexistência de hierarquia entre eles, não podendo falar em superioridade de um sobre o outro, o que será visto nos capítulos subsequentes.

Assim, é evidente o desapego das questões puramente biológicas, demonstrado que nossa sociedade prioriza cada vez mais a pessoa humana e as relações de amor e convivência, deixando de lado conceitos muito bem delineados e abrindo espaço para os avanços da realidade social. De acordo com Farias e Rosenvald (2010, p. 537) "é certo e incontroverso que, dentre as múltiplas relações de parentescos, a mais relevante, dada a proximidade do vínculo estabelecido e a sólida afetividade decorrente, é a filiação, evidenciando o liame existente entre pais e filhos". Diante disso, é clara a tamanha importância dos pais na vida dos filhos, os quais são dependentes daqueles, durante a formação de sua personalidade, necessitando de auxilio até que possam conduzir sua

vida de forma autônoma. Assim, é claro que tal relação não deve ser reduzida à liames genéticos, tendo em vista que, muitas vezes, os pais biológicos acabam abandonando os filhos, negligenciando responsabilidades não somente financeiras, como principalmente o abandono afetivo. Neste ponto, é imperioso ressaltar como a convivência diária traz ao ordenamento jurídico a verdadeira relação que torna possível o reconhecimento do vínculo socioafetivo, por meio da posse do estado de filho.

3.2 Da posse do estado de filho

Precedentemente a possibilidade do reconhecimento socioafetivo da filiação, questiona-se como eram tratados os casos em que um filho necessitava ter o reconhecimento do vínculo, na busca de direitos e deveres daquele que era seu pai, mesmo que não oficialmente, o sendo por meio do zelo e dedicação empenhados diariamente.

Em muitos casos, procedia-se à adoção, o que permitia o adotante de ter o nome no registro do adotado. Entretanto, para isto, era necessário a destituição do poder familiar do parente biológico, seja pai ou mãe e muitas vezes tais pedidos emanavam de famílias recompostas, sendo o adotante madrasta ou padrasto e, desta forma, a relação com o pai biológico nem sempre estava desgastada, não sendo ideal a destituição do poder familiar. Assim, tal solução jurídica não parecia ser a mais acertada, vez que poderia trazer transtornos ou constrangimentos à criança, o que, mais uma vez, foi mostrando necessário a manutenção do vínculo biológico concomitante ao vínculo socioafetivo.

Outro caso que pode ser tratado como exemplo é o do filho “de criação”, que foi criado pelo pai afetivo, em uma relação de carinho e proteção, muitas vezes mais intensa que qualquer relação biológica e, entretanto, não teve tal vínculo reconhecido. Pós a morte do pai, se via abandonado emocional e financeiramente, sem nenhum direito, hipótese que parentes ou filhos biológicos vinham a tomar de todo o patrimônio daquele, deixando o filho afetivo sem nada, tendo que buscar judicialmente um meio de provar o vínculo, de forma burocrática e extenuante, afim de buscar o que é seu por direito.

Em ambas as situações, provar-se-ia pela posse do estado de filiação, tratando-se, portanto, de prova de fatos, os quais seriam apresentados em juízo, consignando-se: a) o uso do nome do pai, pelo pretenso filho; b) a fama social de que, aquelas duas pessoas são pai e filho; e c) o tratamento social que um dispensa ao outro, ou seja, de pai para filho e vice versa.

Assim, como preceitua VARÃO (2017), a posse do estado de filho permite que a esse que, embora não tenha sido registrado pelo seu pai, mas convive com ele, estabelecendo um vínculo de filiação, possa obter as devidas consequências jurídicas decorrentes disto.

Isto posto, resta demonstrada a necessidade de outras formas de filiação, tendo em vista o alto número de crianças vítimas de falta de estrutura familiar. Essencial apontar, que além dos casos acima, ainda existem crianças que sequer um lar possuem e, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em todo Brasil, 47 mil crianças e adolescentes

vivem em abrigos. Além deste número, tem-se as crianças que possuem um lar, mas não a filiação reconhecida, que é o caso, por exemplo, de famílias recompostas, como uma mãe solteira que casa novamente, um pai guardião divorciado ou viúvo que constitui união estável ou homoafetiva com outra pessoa, ou mesmo casos em que tem-se pai e mãe porém passa-se a conviver com um padrasto/madrasta, criando um laço familiar maior que qualquer laço sanguíneo. Essas pessoas também tem o direito ao reconhecimento materno/paterno, criando para a família a necessidade de multiparentalidade, tendo o afeto como base das relações.

4 I DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

A afetividade enquanto critério, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, entretanto, demorou a ser adotada pelo ordenamento jurídico como critério legal de reconhecimento das relações familiares.

De acordo com Venosa (2014, p. 8), "o afeto, com ou sem vínculos biológicos, deve ser sempre o prisma mais amplo da família, afastando assim o velho sistema patriarcal do passado, sempre em prol da dignidade humana". Isto posto, é nítido o confronte ao determinismo biológico, como exemplifica VILLELA *apud* VARÃO (2017) ao estabelecer que a paternidade possa ser atribuída a outrem, que não o pai biológico:

> Ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir. Ainda assim, as transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.

A desbiologização da paternidade é um fato e uma vocação, em que a paternidade adotiva não pode ser compreendida como uma paternidade de segunda classe, pelo fato de se basear na autonomia da vontade, na autodeterminação, ou seja, na escolha daquele indivíduo de ser pai daquela criança, bem como na vontade da criança de tornar aquele indivíduo seu verdadeiro pai, superando, inclusive, a paternidade biológica. Nas palavras de Madaleno (2011, p. 478), é "impossível desconsiderar como cerne da relação familiar à coexistência dos laços de interação parental, vivendo e convivendo os componentes de uma família em recíproco afeto e solidariedade familiar". Assim, pode-se afirmar que, segundo VIEGAS (2018) é impraticável, portanto, diante das mudanças sociológicas e culturais pelas quais a entidade familiar transpassou e constantemente caminha, ignorar juridicamente a valorização do afeto nas relações humanas, já que esse se tornou eixo central dos relacionamentos familiares.

Assim, o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de

solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistente em ver assegurada a dignidade humana, assegurada constitucionalmente. E mais, o afeto traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito ás peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 147)

Insta ressaltar ainda que, a paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

É fazer valer uma relação muito mais valiosa, pautada em uma convivência com zelo, dedicação, cuidados e proteção, independentemente de qualquer vínculo sanguíneo, vez que ser genitor (a) não é o mesmo que ser pai ou mãe, tendo em vista que a condição paterna ou materna vai além do simples fato de ser gerador biológico, o que traz a necessidade do reconhecimento deste vínculo afetivo pelo Estado. Entretanto, não se faz necessário desconsiderar o vínculo biológico existe, fazendo com que ambos coexistam para o melhor interesse da criança. “E, nessa linha, é possível, do ponto de vista fático e – por que não dizer? – jurídico, o reconhecimento de uma pluralidade de laços afetivos, com a eventual admissão de uma multiparentalidade” (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2015, p. 647).

5 I DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

O Direito existe para regular as relações humanas, nem sempre as antevendo, entretanto, deve estar sempre aberto para modificações conforme a sociedade evolui. É uma necessidade que ocorre atualmente, com a multiparentalidade, sendo algo que sempre existiu, mas somente agora está ganhando os olhares dos nossos Tribunais.

Conceitua-se a multiparentalidade, parafraseando GAGLIANO & PAMPLONA FILHO (2015), que se trata de uma situação em que um indivíduo tem mais de um pai e/ou mais de uma mãe, simultaneamente, produzindo-se efeitos jurídicos em relação a todos eles.Ainda não há positivação expressa acerca desta, entretanto, a abordagem do tema se faz necessária na atual realidade e é de suma importância que seja reconhecida, para o melhor interesse do filho que tenha estabelecido vínculo de afeto com alguém que não seu pai ou mãe biológicos. Assim, para averiguar a situação do tema no ordenamento jurídico, é necessário fazer uma análise jurisprudencial das Varas de 1 ª Instância, bem como dos Tribunais de Justiça, a saber como se posicionam os Magistrados sobre as questões de reconhecimento de multiparentalidade.

O primeiro julgamento colegiado admitindo a multiparentalidade foi do Rio Grande do Sul:

Declaratória de multiparentalidade. Registro civil. Dupla maternidade e paternidade. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Julgamento desde logo do mérito. Aplicação art. 515, § 3o, do CPC (LGL\2015\1656).

A ausência de lei para regência de novos – e cada vez mais ocorrentes – fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido. É que "quando a lei for omissa", o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4o da LINDB). Caso em que se desconstitui a sentença que indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido e desde logo se enfrenta o mérito, fulcro no art. 515, § 3o do CPC (LGL\2015\1656). Dito isso, a aplicação dos princípios da "legalidade", "tipicidade" e "especialidade", que norteiam os "Registros Públicos", com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação (art. 3o, IV, da CF (LGL\1988\3)), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6o, da CF (LGL\1988\3)), "objetivos e princípios fundamentais" decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da parte, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infraconstitucionais, tal como a doutrina da proteção integral o do princípio do melhor interesse do menor, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (LGL\1990\37) (Lei 8.069/1990 (LGL\1990\37)), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da "multiparentalidade", com a publicidade decorrente do registro público de nascimento.

Isto posto, ao ser muito debatido e criar demasiadas dúvidas, o tema foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 898.060, com repercussão geral reconhecida, tendo sido fixada a seguinte tese jurídica para aplicação nos casos da questão em tela: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".

De acordo com o entendimento do relator Ministro Luiz Fux, a omissão do legislador no que toca à existência de diversas famílias não é motivo suficiente para desconhecer a pluriparentalidade: "A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade. É imperioso o reconhecimento, para todos os fins de

direito, dos vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos".

Reconhecida a paternidade socioafetiva, para que esta seja capaz de gerar efeitos jurídicos aos envolvidos, é necessário efetuar o registro por meio de documento válido, sendo este a Certidão de Nascimento.

5.1 O registro da multiparentalidade

Demonstrada a necessidade do reconhecimento da filiação socioafetiva bem como a hipótese de multiparentalidade, questiona-se qual o meio mais viável para tanto. Mister dizer que o reconhecimento judicial, por meio de um longo processo é algo demasiado fadigoso para a parte que espera, sendo coerente a busca de um meio mais célere que não a justiça brasileira. Estuda-se assim a possibilidade de se fazer de forma extrajudicial, nas Serventias de Registro Civil das Pessoas Naturais, sendo pacificamente aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Se trata de ato, como ato unilateral, espontâneo, solene, público e incondicional, decorrente da vontade do pai, não existindo motivos que coíbam tal forma reconhecimento, posicionamento o qual cada vez mais ganhou força, tornando-se reiterado nos Tribunais, o que impulsionou o Conselho Nacional de Justiça a publicar provimentos sobre o tema.

O primeiro provimento publicado foi o Nº 63, em 14/11/2017, o qual instituiu modelo único de certidões e permitiu o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro "A" (nascimento) e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Sendo tal ato irrevogável, não podendo reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes e devendo o pretenso pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido. O reconhecimento, até então, era permitido para pessoas de qualquer idade.

Em 14 de agosto de 2019, foi publicado o provimento Nº 83, que alterou e restringiu tal ato, pós um ano e meio de experiências com o primeiro provimento, trazendo mais maturidade a esta prática, bem como equilíbrio diante das disposições doutrinárias sobre o tema. A partir disso, somente os maiores de 12 anos valer-se-ão do reconhecimento voluntário em cartório e, caso o filho seja menor de 18 anos, será necessário o seu consentimento. Ademais, o registro dependerá de parecer favorável do Ministério Público. Sendo o parecer for desfavorável, deverá o registrador arquivar o expediente e comunicar o ocorrido ao requerente. Qualquer dúvida deve ser remetida ao juízo competente. O novo provimento delimitou também que somente poderá ser acrescido o registro por 1 (um) ascendente socioafetivo, seja do lado materno ou paterno, devendo tramitar pela via judicial qualquer outra inclusão.

A apuração do vínculo dar-se-á por todos os meios admitidos em direito, sendo objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos, podendo ser apresentados

documentos, fotografias e declarações, os quais devem ser arquivados pelo registrador.

5.2 Efeitos da multiparentalidade

Diante da possibilidade da coexistência de dois ou mais pais, instauram-se diversos questionamentos acerca de eventuais conflitos que possam vir a ocorrer, como a obrigação alimentícia, o direito de visitas, guarda, entre diversos outros direitos sucessórios.

A respeito da obrigação alimentícia, essa consta no Código Civil em seu art. 1.696, como sendo um direito recíproco entre pais e filhos. Assim, a mesma vale tanto para pais biológicos como para pais afetivos.

Acerca do direito de visitas, esse valerá para o pai ou a mãe cuja guarda não estejam os filhos, tendo o objetivo de estreitar os vínculos entre os mesmos, como consta no art. 1589 do Código Civil, sendo evidente uma letra de lei que valoriza o afeto, valendo, portanto, congruentemente tanto para os pais biológicos quanto afetivos.

Como nas outras questões, no direito sucessório não seria diferente, valendo este para ambas as filiações. Ocorre que, nesse caso, surgiram posicionamentos afirmando que o herdeiro, ao aceitar a herança do pai afetivo, estaria renunciando à sua quota parte na herança biológica. Tal posicionamento não foi adotado pelos Tribunais, sendo o primeiro caso na 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a qual sentenciou como sendo legítimo o pedido da herdeira no espólio do pai biológico, buscando esta seu direito na posição de filha.

Diante de tais assertivas, resta demonstrado não haver distinção entre a filiação por liames genéticos ou por afeto, afastando qualquer tipo de superioridade de uma sobre outra, estando ambas no mesmo nível hierárquico. Tal fato traz à tona eventuais conflitos de autoridade sobre os filhos menores, bem como outras questões que podem ser conflitantes, sendo essencial manifestar o posicionamento do Supremo que cada caso será dirimido individualmente, conforme a situação, não tendo uma regra específica. Será buscado apenas o melhor interesse do filho, protegendo-o integralmente.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo demonstrou que a família, núcleo fundamental da sociedade, sofreu inúmeras transformações ao longo do tempo. O que antes era patrimonialista e patriarcal, cedeu lugar a algo mais pluralizado, democrático e igualitário, abrindo espaço para famílias hetero ou homoparentais, biológicas ou socioafetivas, recompostas ou monoparentais, calcadas com base no afeto. Com isto, foram necessárias algumas transformações no ordenamento jurídico.

A verdade é que famílias multiparentais sempre existiram e continuarão a existir, porém até recentemente, eram condenadas à invisibilidade, fato este que resultava, querendo ou não, na exclusão de direitos dos filhos. A falta de reconhecimento da filiação

acarreta na não imposição e falta de cobrança do cumprimento das obrigações a quem exerce a função parental. Abdicando assim, o filho, de uma série de direitos decorrentes da relação de filiação, mesmo que involuntariamente. Com o reconhecimento das relações calcadas no afeto, passa então o filho a ser sujeito de direitos e deveres no tocante aos pais, relações estas que, ao surgir eventual conflito, sempre serão dirimidas com base no melhor interesse da "criança".

Felizmente, com a justiça começa a enxergando esta realidade, abrem-se caminhos para que os novos e modernos arranjos familiares sejam legitimados no ordenamento jurídico, fazendo da atual sociedade um lugar mais plural e igualitário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 898060/SC - SANTA CATARINA. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+E+%28898060%2ENUME%2E %29%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j2z7ugr>. Acesso em: ago. 2019.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 5. Direito de Familia. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Familias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 783.

Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e da outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: ago. 2019.

Provimento n. 63. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017- corregedoria.pdf>. Acesso em: ago. 2019.PAIANO, Daniela Braga. A Família Atual e as Espécies de Filiação – Da Possibilidade Jurídica da Multiparentalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VARÃO, Mariana Fernandes Oliveira. As filiações biológica e afetiva diante do reconhecimento da multiparentalidade pelo STF. Vol. 977. Revista dos Tribunais, 2017

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Direito de Família. 14. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. O reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade como garantia constitucional da igualdade entre as filiações. Vol. 990. Revista dos Tribunais, 2018.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Disponível em: [www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156]. Acesso em: 06.10.2019.

CAPÍTULO 10

A MULTIPARENTALIDADE NA VISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Data de aceite: 25/03/2021
Data de submissão: 04/01/2021

Daniela Braga Paiano
Universidade Estadual de Londrina – Paraná (UEL)
Universidade de São Paulo (USP)
Londrina-PR
http://lattes.cnpq.br/0598909153586648

Karen Kamila Mendes
Universidade Estadual de Londrina
Londrina-PR
http://lattes.cnpq.br/5245413595167014

Mariane Silva Oliveira
Universidade Estadual de Londrina – Paraná (UEL)
Londrina-PR
http://lattes.cnpq.br/3390771192466417

RESUMO: As transformações sociais vividas pela sociedade brasileira promoveram diversas mudanças no Direito de Família, de modo que o legislador não pode acompanhar o avanço dos relacionamentos familiares e regulamentar as novas realidades jurídicas. Nesse contexto, o instituto de filiação tem passado por transformações tão profundas que a doutrina e a jurisprudência assumiram um papel mais ativo para atendimento da vontade social. Assim, com o advento do Art. 226 da Constituição Federal estabeleceu-se o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, independentemente de sua origem. A partir desta orientação, a doutrina passou a defender a possibilidade de manutenção de dois critérios de filiação (biológico e socioafetivo), fenômeno a qual se denominou de multiparentalidade ou pluriparentalidade. A discussão adquiriu tamanha importância que foi alvo do Recurso Extraordinário nº 898.060/SC pelo Supremo Tribunal Federal, o qual consolidou a possibilidade de concomitância dos vínculos. Com isso, pretende-se realizar uma análise jurisprudencial do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), optando-se pelo método dedutivo, partindo-se da análise doutrinária e jurisprudencial e do uso de metodologia quantitativa e qualitativa para apuração dos resultados obtidos na pesquisa dos casos do TJSP. Por fim, observou-se que a multiparentalidade é amplamente aceita e reconhecida como fenômeno familiar, excluindo-se apenas nos casos em que não se caracterizar o afeto enquanto elemento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Afeto. Filiação. Socioafetividade. Multiparentalidade. Jurisprudência.

MULTIPARENTALITY BY THE VIEW OF SÃO PAULO JUSTICE COURT

ABSTRACT: The social transformations experienced by Brazilian society have promoted several changes in Family Law, so that the legislator cannot follow the progress of family relationships and regulate the new legal realities. In this context, the institute of affiliation has undergone such profound transformations that doctrine and jurisprudence have assumed a more active role in meeting the social will. So, with the advent of Art. 226 of the Federal Constitution

established the principle of legal equality between children, regardless of their origin. From this orientation, the doctrine began to defend the possibility of maintaining two criteria of affiliation (biological and socioaffective) a phenomenon called multiparentality or pluriparentality. The discussion acquired such importance that it was the target of the Extraordinary Appeal nº 898.060/SC by the Supreme Court, which consolidated the possibility of concomitance of the biological and socioaffective bond. With this, it is intended to conduct a jurisprudential analysis of the understanding of the Court of Justice of the State of São Paulo (TJSP). The deductive method was chosen, starting from the doctrinal and jurisprudential analysis and the use of quantitative and qualitative methodology to determine the results obtained in the research of the TJSP cases. Finally, it was observed that multiparentality is widely accepted and recognized as a family phenomenon, excluding only in cases where affection is not characterized as a legal element.
KEYWORDS: Affection. Filiation. Socio-affectivity. Multiparenting. Jurisprudence.

1 | INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, a filiação reconhecida e valorizada era apenas aquela que ocorria dentro da relação conjugal devidamente reconhecida pelo Estado e pela Igreja por meio do casamento. Na contemporaneidade, há inequívoca modificação das relações familiares, assim como ocorre com a própria sociedade, sendo aquelas um espelho desta, cabendo ao afeto, enquanto elemento jurídico, figurar como elo de formatação de famílias plurais, não mais limitadas e previamente estabelecidas pelo texto da lei.

Neste ínterim, novos critérios de filiação foram criados e se estabelece entre eles a igualdade, admitindo-se ainda a concomitância de dois vínculos. A tese de multiparentalidade ou pluriparentalidade defende a manutenção da filiação biológica e da socioafetiva sem que seja necessária a prevalência de uma sobre a outra. O tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, que entendeu pela concomitância dos critérios de filiação com aprovação da Tese de Repercussão Geral nº 622 em 2016.

Com isso, realizada a exposição inicial, far-se-á uma análise jurisprudencial quantitativa e qualitativa sobre o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) em relação ao tema 'multiparentalidade' a partir da análise de cinco casos paradigmáticos. Para isso, foi utilizado o método lógico-dedutivo, através de utilização de periódicos, artigos científicos e obras doutrinadores nacionais, além de consultas por meio dos mecanismos disponibilizados pelo TJSP dos casos localizados.

2 | DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA MULTIPARENTALIDADE

É certo que o Direito de Família sofreu diversas transformações dentro da legislação brasileira em razão das mudanças sociais, principalmente, em decorrência da aceitação de diferentes modalidades de família. Em um primeiro momento, admitia-se a concepção tradicional de família, sendo esta matrimonial e heterossexual. Com o avanço das

concepções sociais, estabeleceu-se no artigo 226 da Constituição Federal que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” e esta proteção deve se estender a todas as modalidades de família.

Com o advento das ‘novas famílias’, o afeto adquire relevância jurídica e passa a ser tido como critério jurídico para constituição de vínculos familiares. O instituto familiar e seus relacionamentos submetem-se ao processo de “despatrimonialização”, posto que perdem seu caráter de instituição econômica. Adquire como novo fundamento o eudemonismo, isto é, a valorização da felicidade e aprimoração de seus membros. Nesse ínterim, as relações homoafetivas e recompostas passam a ser admitidas pela sociedade e, posteriormente, resguardadas pelo Direito. Para fins deste estudo, o afeto deve ser entendido como o sentimento que se constitui na vida familiar e na alteridade que se estabelece no cotidiano deste núcleo (TEPEDINO, 2015, p. 7).

Nesse contexto, o vínculo de filiação sofre igualmente transformações admitindo-se novos critérios e, inclusive, a concomitâncias destes. Assim, tem-se como formas de filiação o critério biológico/natural, a presunção legal e o socioafetivo. A paternidade por presunção legal tem previsão no Art. 1.597 do Código Civil, o critério biológico, por sua vez, decorre da consanguinidade e o critério socioafetivo tem origem no vínculo de afeto estabelecido entre o pretenso pai/mãe e a criança. Ao se admitir o critério socioafetivo, a noção de paternidade se afasta da noção de genitor, posto que quem gera não é quem necessariamente cria e dá suporte (DIAS, 2017, p. 428), podendo ter origem a partir da reconstituição familiar, a união de casais do mesmo sexo, técnicas de produção assistida, adoção etc.

Contudo, somente o reconhecimento jurídico de diferentes critérios não soluciona as demandas sociais relacionadas a filiação afetiva e biológica. Isso ocorre porque há situações em que se tem a presença de um ascendente biológico e de um ascendente socioafetivo. Nessas situações, a jurisprudência tendeu por sobrepor uma paternidade/maternidade em prejuízo da outra, geralmente valorizando a biológica em detrimento da socioafetiva. Esse posicionamento, como será demonstrado, não pode prevalecer ante os anseios da sociedade.

As modificações nas relações familiares se fundamentam na capacidade de autodeterminação dos indivíduos que autorizam a elasticidade e alterações de conceitos que já foram tidos como imutáveis. Deste modo, se há a caracterização de duas figuras parentais – dois pais ou duas mães – deve-se assegurar o reconhecimento de ambas. A opção pela exclusão de um dos critérios de filiação não mais se sustenta na realidade das famílias brasileiras. Defende Maria Rita de Holanda Silva Oliveira (2012, p. 215) que o critério biológico não exclui o socioafetivo, admitindo-se a coexistência destes como preservação e atendimento a identidade pessoal do indivíduo.

A coexistência dos vínculos biológicos e socioafetivos é denominada de multiparentalidade ou multiparentalidade. Rodrigo da Cunha Pereira entende que a multiparentalidade corresponde ao “parentesco constituído por múltiplos pais, isto é,

quando um filho estabelece uma relação de paternidade/maternidade com mais de um pai e/ou mais de uma mãe" (2015, p. 470). A multiparentalidade tem por fundamento a não hierarquização dos vínculos de filiação (CALDERÓN; TOAZZA, 2017, p. 13).

Este posicionamento encontrou suporte no julgamento do Recurso Extraordinário nº 868.090/SC pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2016, o qual entendeu pela possibilidade da concomitância dos critérios já denominados. Fixou-se a tese de Repercussão Geral nº 622, que enuncia "a paternidade socioafetiva declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios". Admite-se, então, a coexistência de parentalidades (PAIANO, 2017, p. 153).

As famílias multiparentais podem ter por origem diferentes modalidades de família, seja a partir das famílias recompostas, como madrastas, padrastos, poliamor, filhos de criação e da assunção de filhos de outros como seu (GESSE, 2019, p. 128). Deve ser lida como mecanismo de efetivação dos direitos da personalidade à medida que assegura o reconhecimento além da identidade biológica, a identidade psicossocial construída através de relações cotidianas e de afeto recíproco (GESSE, 2019, p. 142).

Embora ainda não exista previsão legal, igualmente não há previsão na legislação proibindo esse fenômeno. Seguindo os ensinamentos de Maria Cláudia Crespo Brauner (2004, p. 275) uma vez que a legislação é insuficiente, resta à interpretação dos juristas dos mecanismos existentes para assegurar o pleno desenvolvimento da família. Nesta lógica ainda:

> A atenta observação da realidade pode, deste modo, conduzir à constatação de formações de vínculos parentais com mais pessoas do que o número de dois tradicionalmente reconhecido pelo ordenamento jurídico. Diante dessa configuração em que três ou mais indivíduos exercem o poder parental, a multiparentalidade já se encontra constituída faticamente, competindo ao juiz garantir os efeitos jurídicos da situação que lhe é apresentada. (MATOS; HAPNER, 2016, p.14).

Não se deve olvidar que o Código Civil possui lacunas no que tange a filiação, vez que o legislador não teria condição de elencar todas as situações existentes no meio social e, menos ainda, prever as alterações posteriores. Nesse quadro, a doutrina e a jurisprudência adquirem especial relevância para os avanços do Direito de Família, sendo atribuído a estes a interpretação dos anseios sociais e sua apresentação aos tribunais para consolidação de seu entendimento. De relevo o entendimento de Tepedino (2015, p. 6):

> (...) torna-se indispensável a reformulação dos critérios interpretativos, a despeito da resiliência, de alguns setores da doutrina e da magistratura, de admitir a incompatibilidade entre antigos dogmas de cunho religioso e político com tão radicais transformações – fenomenológica, percebida na sociedade ocidental, e axiológica, promovida pela legalidade constitucional.

Contudo, em que pese a ampla aceitação doutrinária deste tema, alguns autores,

como o professor José Fernando Simão (2015), entendem que são poucos os casos de efetiva multiparentalidade, devendo ser cuidadoso o seu reconhecimento. Para o referido autor, a paternidade é distinta da ascendência genética. Dessa forma, a existência de ascendente genético e de pai socioafetivo não deve gerar o duplo reconhecimento, devendo-se averiguar a concomitância do exercício paterno/materno tanto a quem se está vinculado geneticamente quanto socioafetivamente.

Outrossim, Eduardo Gesse (2019, p. 165), por sua vez, defende que a ascendência genética e filiação não são conceitos fechados, não sendo possível, ao tempo do reconhecimento multiparental a avaliação do quanto os indivíduos têm exercido a função paterna. Opta-se pelo reconhecimento psicossocial, isto é, a percepção individual daquelas figuras como seus “pais” / “mães”. Tal posição respalda-se, no entendimento de Belmiro Pedro Welter (2009, p. 169), para o qual a constituição do indivíduo se dá pelo fator genético, afetivo e ontológico, analisando a si própria e a realidade a sua volta através da conjugação destes fatores.

O Direito não pode impor a desconstituição de um dos vínculos em detrimento de outro põe em xeque a autonomia do indivíduo e de sua capacidade de autodeterminação. Novamente, Gesse (2019, p. 127) explica:

> (...) a interrupção de uma filiação como medida necessária para o reconhecimento de outra lança o sujeito em frustação existencial e socioafetiva, negando-lhe a liberdade de projetar sua vida, o que lhe é assegurado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o que ocorre por força de dogmas históricos e culturais, sem sustentáculo contemporâneo.

Em razão da dificuldade de aferição de real paternidade/maternidade biológica e socioafetiva essa modalidade de família é excepcional. Objetivando-se a preservação do melhor interesse das crianças e dos adolescentes o fim do relacionamento entre os pais ou ainda que um relacionamento fugaz entre os pais não deve afetar o vínculo parental. Ou seja, mesmo que “findo o afeto” a paternidade se perpetua no tempo em todos os seus efeitos (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2020, p. 231).

A multiparentalidade consiste no reconhecimento de uma realidade preexistente em que se tem o reconhecimento de dois pais ou duas mães, seja por consanguinidade ou por afetividade. O reconhecimento desta situação pretende a desnecessidade de exclusão de um em detrimento do outro, pleiteando-se pela manutenção de ambos com atribuição dos efeitos que decorrem da filiação.

Afastar essa possibilidade fere, além da dignidade humana, o princípio de igualdade entre os filhos já que é através dos relacionamentos interpessoais e das idiossincrasias de cada indivíduo que se constrói os laços de afeto e se estabelece o sentimento de pertencimento pela filiação (GESSE, 2019, p. 126). Deve-se, portanto, ser assegurado o reconhecimento da socioafetividade, sem a exclusão do vínculo biológico, resguardando-se a figura do filho com base no princípio do melhor interesse, o da proteção integral e da

igualdade jurídica entre os filhos (FURLAN e PAIANO, 2020, p. 145).

A parentalidade deve ser lida como direito fundamental à dignidade humana. É nesse sentido que o Ministro Luiz Fux, na qualidade de relator do julgamento do Recurso Extraordinário 898.060/SC, expôs:

> (...) a paternidade responsável, enunciada expressamente, no art. 226, § 7.º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quando daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. (RE 898.060/SC, Tribunal do Pleno, Rel. Minº Luiz Fux, j. 21.09.2016).

Com isso, reconhecida a multiparentalidade, discute-se os efeitos decorrentes desta modalidade de filiação. Defende-se uma vez caracterizada a filiação, deve-se ter todos os efeitos decorrentes dela, posto que não se é meio pai. Desta forma, "ou se trata de filho, com todos os efeitos dele decorrentes, ou não se trata de filho" (SCHREIBER, 2016, p. 867), dado que o direito brasileiro não admite o reconhecimento parcial da paternidade. Comunga deste entendimento Maria Celina Bodin segundo a qual, "a parentalidade socioafetiva, uma vez reconhecida, tornar-se irrevogável da mesma forma que a biológica, impondo-se todos os deveres e poderes – existenciais e patrimoniais – referentes a essa condição" (2015, p.3). Portanto, os efeitos do reconhecimento da multiparentalidade alcançam diferentes esferas do Direito posto que criam uma relação jurídica completa.

3 I DA ANÁLISE DE CASOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

A Constituição Federal de 1988 conferiu importância jurídica à afetividade (MADALENO, 2015, p. 8), que foi alçada e reconhecida como o fio condutor das mais diversas formatações familiares, não apenas aquelas formadas pelo casamento, união estável ou por um dos genitores e sua prole, constantes exemplificativamente no texto constitucional, conferindo proteção especial a todas as outras que tiverem no afeto o elo de formação do vínculo familiar (CALDERÓN, 2017, p. 246).

Pelo viés da afetividade, os laços parentais de filiação são fixados não apenas pela biologia e pela presunção legal, mas também pelos laços da convivência e cuidado, que se traduzem na posse de estado de filho, a qual viabiliza e reconhece a paternidade socioafetiva, conforme artigo 1.603 do Código Civil, na medida em que é revelada não apenas pela convivência diária e familiar, mas também "pelo efetivo cumprimento pelos pais dos deveres de guarda, educação e sustento do filho, pelo relacionamento afetivo, enfim, pelo comportamento que adotam outros pais e filhos na comunidade em que vivem." (LÔBO, 2015, p. 217).

Nessa conjuntura, a multiparentalidade é, há muito, fenômeno da vida e, justamente,

porque o Direito não acompanha a dinâmica social a fim de previamente a legislar, é que demandas buscando o seu reconhecimento foram, são e serão levadas, nas mais diversas hipóteses, ao Poder Judiciário, o que demanda dos operadores do Direito o olhar atencioso para resguardar e efetivar a necessária proteção especial do Estado para com a família, conforme determina o art. 226 da Constituição Federal.

Assim, uma vez que a prestação da tutela jurisdicional tem por objetivo a pacificação social, e por finalidade, além do controle de legalidade dos atos emanados pelos poderes do Estado, "a solução de casos concretos por meio da substituição da vontade das partes por um comando imperativo que se torna imutável" (ALVIM, 2017, p. 125), cabe ao Poder Judiciário a solução dos casos que demandem decisão jurídica acerca da multiparentalidade.

Seguindo isso, é notória a efetiva prestação da tutela jurisdicional acerca da matéria no âmbito do Estado de São Paulo, de modo que em pesquisa ao site do Tribunal de Justiça do referido Estado, contabilizou-se a existência de 124 (cento e vinte e quatro) julgados, entre acórdãos e decisões monocráticas, que continham o termo "multiparentalidade". Percebe-se, no que diz respeito à espécie de ação ajuizada, que a multiparentalidade foi tratada tanto em ações de investigação, reconhecimento e declaratórias de paternidade, quanto em ações de adoção unilateral, em acordos bilaterais, bem como em ações de inventário e cobrança de seguro de vida.

Pela análise dos julgados também foi possível verificar o momento do reconhecimento: se antes ou após a morte de um dos integrantes da relação de filiação socioafetiva. Neste ponto, anote-se que, tratando-se de direito personalíssimo do filho socioafetivo a reivindicação da filiação (LÔBO, 2015, p. 219), tal pode ser reconhecida após a morte do pai socioafetivo, de modo que haverá umbilical relação nas questões sucessórias da pessoa falecida, pois, embora o Direito das Sucessões destine-se a regulamentar a transmissão de patrimônio em razão da morte de seu proprietário, a identificação dos herdeiros é definida a partir das relações de parentesco (LÔBO, 2015, p. 43).

Da análise dos julgados relativos à possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade após a morte do pai socioafetivo, é possível observar que é adotada a tese nº 622 do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a multiparentalidade quando demonstrada a existência de vínculo socioafetivo tanto com o pai registral, casos em que houve o registro civil do filho por pessoa que com ele não compartilhava a mesma carga genética, quanto com o pai biológico[1].

Para a 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, em julgado de relatoria do Desembargador Alcides Leopoldo, ainda que exista eventual interesse patrimonial no reconhecimento da paternidade biológica quando existente paternidade socioafetiva com o pai registral, tal é irrelevante para fins de reconhecimento multiparentalidade. Veja-se:

1 Apelações Cíveis 1000105-52.2017.8.26.0587, 000105-52.2017.8.26.0587, 0007131-07.2011.8.26.0595, 1006534-47.2016.8.26.0562 e 0001954-56.2010.8.26.0091

> INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Falecimento do pai registral antes de ser incluído no polo passivo - Sendo inequívoca a relação socioafetiva, improcede a pretensão de anulação do registro de nascimento no tocante a sua paternidade – Multiparentalidade – Admissibilidade – A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica – Tema 622 do STF – Irrelevância do interesse meramente patrimonial no reconhecimento da paternidade biológica - Paternidade biológica comprovada (....). (TJSP - Apelação Cível 0007131-07.2011.8.26.0595; Relator (a): Alcides Leopoldo; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Valinhos - 3ª Vara; Data do Julgamento: 25/05/2015; Data de Registro: 10/10/2019).

Tal posicionamento segue na contramão do entendimento encampado por Rolf Madaleno (2007), que indica ser um contrassenso admitir a possibilidade do reconhecimento da paternidade biológica para fins meramente patrimoniais, uma vez que a filiação e seus direitos e deveres decorrentes, surgem do exercício da paternidade que apenas se efetiva quando há mínima afetividade entre pai e filho.

Da análise dos casos em que o reconhecimento da multiparentalidade se deu em vida, observou-se que do total de julgados acessíveis, 23 (vinte e três) acórdãos reconheceram a hipótese de concomitância de dois vínculos de filiação, dando à multiparentalidade contornos jurídicos suficientes para sua validade e eficácia, visando a assegurar a dignidade da pessoa humana.[2]

Nesse sentido, em maio de 2020, a Câmara Especial do TJSP, ao julgar a Apelação Cível 1024144-04.2018.8.26.0224, de relatoria do Desembargador Issa Ahmed, reconheceu a multiparentalidade em benefício de criança que, nascida enquanto a mãe biológica estava presa, foi entregue à mãe socioafetiva e pretensa adotante, sem que a primeira tivesse conhecimento. Na mesma medida em que a mãe biológica pretendia vínculos com a prole, e era reconhecida por esta como tal, havia inequívoco laço afetivo entre criança e a mãe socioafetiva. Assim, a multiparentalidade foi admitida para que houvesse a adoção do infante pela mãe socioafetiva sem que se excluísse o vínculo com a mãe biológica, de modo que ambas passaram a constar na certidão de nascimento como genitoras (TJSP, CÂMARA ESPECIAL, 2020).

Verificou-se, também, que a tese da multiparentalidade é admitida pelo TJSP mesmo de maneira secundária, como é o caso da Apelação Cível nº 1000023-52.2018.8.26.0533, julgada pela 8ª Câmara de Direito Privado e de relatoria do Desembargador Pedro de Alcantara da Silva Leme Filho, que considerou a coexistência da paternidade biológica e da socioafetiva, e que a existência da segunda de modo algum excluiria a responsabilidade do pai biológico à prestação de alimentos ao filho, tendo em vista o princípio da paternidade

2 Apelações cíveis nº 1055666-59.2016.8.26.0114, 1004649-14.2017.8.26.0319, 1001081-98.2016.8.26.0165, 1005569-31.2016.8.26.0510, 1024144-04.2018.8.26.0224, 1013487-51.2016.8.26.0554, 1003605-66.2016.8.26.0101, 1000541-14.2016.8.26.0565, 1008908-73.2018.8.26.0624, 1022292-83.2015.8.26.0309, 1002762-51.2014.8.26.0302, 1001117-95.2018.8.26.0125, 1000023-52.2018.8.26.0533, 1010195-60.2019.8.26.0196, 1012576-82.2017.8.26.0011, 1058767-78.2018.8.26.0100, 1001850-22.2017.8.26.0020, 2108091-92.2019.8.26.0000, 1035926-37.2014.8.26.0001, 1002255-61.2018.8.26.0137, 0325417-58.2009.8.26.0100, 0027225-27.2012.8.26.0405 e 2103598-72.2019.8.26.0000.

responsável. Assim, não foi possível ao pai biológico exonerar-se da obrigação de prestação alimentícia em razão do estabelecimento de vínculo de filiação socioafetiva com outra pessoa. (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, 2020).

O mencionado caso vai de encontro à afirmação de que “a tendência é reconhecer a concorrência da obrigação alimentar do pai registral, do biológico e do pai afetivo” (DIAS, 2020, p. 797), de modo que a multiparentalidade reflete de maneira especial também no dever alimentar originado do princípio da solidariedade familiar.

Quando o TJSP se posicionou para afastar a possibilidade da multiparentalidade, tal ocorreu, unicamente, diante da inexistência de prova de vínculo afetivo entre o filho e o suposto pai registral socioafetivo, como é o caso da Apelação Cível nº 1122422-58.2017.8.26.0100, de relatoria da Desembargadora Ana Maria Baldy, julgada perante a 6ª Câmara de Direito Privado. Veja-se:

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE. Ação proposta pelo suposto pai contra o menor e o pai registral. Sentença de procedência, declarando o autor como pai biológico do menor/corréu e determinando a devida correção do registro civil em relação à paternidade, com a inclusão do autor e, consequentemente, exclusão do corréu. Inconformismo do corréu/pai registral. Alegação de existência de socioafetividade. Inexistência de prevalência ou hierarquia entre as modalidades de vínculo parental. Paternidade socioafetiva que não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. Tese aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 (Repercussão Geral 622). Apelante, todavia, que contestou a ação por negativa geral e não requereu a produção de outras provas. Corréu que, posteriormente, outorgou procuração ao advogado, contudo, não trouxe qualquer prova demonstrando a existência de socioafetividade entre ele e o menor. Genitora da criança que, inclusive, afirmou que o corréu/apelante era o pai biológico do menor, fato que foi desmentido pelo exame de DNA. Infante que conta com, apenas, 03 anos de idade. Manutenção da r. sentença que é de rigor, diante da falta de comprovação de existência de vínculos socioafetivos ou qualquer convivência. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP - Apelação Cível 1122422-58.2017.8.26.0100; Relator (a): Ana Maria Baldy; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 4ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 17/07/2020; Data de Registro: 17/07/2020).

No caso, o reconhecimento da multiparentalidade pretendido pelo pai registral não contou com a demonstração de inequívoca socioafetividade estabelecida com a criança, que contava com apenas 03 anos de idade, seguindo, assim, a excepcionalidade defendida por José Fernando Simão (2015), no sentido de que para a sua caracterização, é necessária a prevalência de vínculo afetivo filial para a concomitância da filiação biológica e socioafetiva.

Assim, nota-se da atuação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que há ampla adoção e reconhecimento da multiparentalidade ou pluriparentalidade, como meio eficaz de salvaguardar a realidade fática da diversidade familiar contemporânea, fundada no afeto enquanto elemento jurídico apto a garantir não apenas o melhor interesse de

crianças e adolescentes, assim como assegurar sua dignidade da pessoa humana.

4 I CONCLUSÃO

A relevância da temática aqui abordada é de grande importância para o Direito contemporâneo, pois trata de assunto presente na dinâmica de muitas famílias e que demanda atuação do Direito para resguardar direitos e assegurar deveres de pais e filhos, os quais se espraiam por diversas áreas.

Percebeu-se que o ordenamento jurídico brasileiro, lançando mão da interpretação conferida ao tema pelo Supremo Tribunal Federal, reconhece a concomitância de vínculo de filiação originário pelo critério biológico e pelo critério socioafetivo, dada a importância jurídica do afeto nas relações familiares.

A pesquisa voltou-se ao estudo da multiparentalidade e do seu reconhecimento, com ênfase na análise quantitativa e qualitativa de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a respeito do tema, que esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, reconhece amplamente a multiparentalidade como fenômeno familiar, que apenas será afastada diante da existência de prova da ausência de afetividade entre pai registral ou socioafetivo e o filho.

Assim, a sua admissão não enfraquece o instituto da filiação, na medida em que representa a valorização do afeto enquanto elemento jurídico presente nas relações sociais e, principalmente, nas novas formatações familiares.

REFERÊNCIAS

ALVIN, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria do processo e processo de conhecimento. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 9-30.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Um ano histórico para o direito de família. Editorial à **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, nº 2, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/um-ano-historico-para-o-direito-de-familia/>. Acessado em: 22 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406,10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acessado em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em 20 ago. 2020.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. *In*: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 255-278, 2004.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

__________. TOAZZA, Gabriele Bortolan. **Filiação socioafetiva**: repercussões a partir do provimento 63 do CNJ. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/depeso/301241/filiacao-socioafetiva-repercussoes-a-partir-do-provimento-63-do-cnj >. Acessado 20 ago. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual dos direitos das famílias**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

__________. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2020.

FURLAN, Alessandra Cristina; PAIANO, Daniela Braga. Multiparentalidade: um Direito em Evolução. *In*: DÓRIS, Chilardi; GOMES, Renaa Raupp. **Estudos avançados de direito e família e sucessões**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2020.

GESSE, Eduardo. **Família multiparental**: reflexos na adoção e na sucessão legítima em linha reta ascendente. Curitiba: Juruá, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito da Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

__________. **Filiação sucessória**. Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2007. Disponível em https://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/715/VI%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia. Acessado em 22 ago. 2020.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HAPNER, Paula Aranha. Multiparentalidade: uma abordagem a partir das decisões nacionais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, nº 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/multiparentalidade-uma-abordagem-a-partir-das-decisoes-nacionais/>. Acessado em 22 ago. 2020.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. **Reprodução assistida e uma releitura das presunções jurídicas da filiação**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/277.pdf>. Acessado em 20 ago. 2020.

PAIANO, Daniela Braga. **A família atual e as espécies de filiação**: da possibilidade jurídica da multiparentalidade. Rio de Janeiro: Lummen Juris, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHREIBER, Anderson. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. **Pensar**. Fortaleza, v. 21. nº 3, p. 847-872, set/dez, 2016. p. 856.

SIMÃO, José Fernando Simão. **Que 2016 venha com as decisões do STF necessárias ao Direito de Família**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-13/2016-venha-decisoes-necessarias-direito-familia>. Acessado em: 8 jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral nº 622**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4252676&numeroProcesso=692186&classeProcesso=ARE&numeroTema=622>. Acessado em: 20 ago. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Novas famílias entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades. Editorial à **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**. Rio de Janeiro, v. 6, out/dez. 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/79/182 >. Acesso em: 22 ago. 2020.

TJ/SP. **Apelação Cível nº 0007131-07.2011.8.26.0595**, da Comarca de Valinhos, SP. Julgado em 25/05/2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12967867&cdForo=0>. Acessado em: 05 ago. 2020.

_____. **Apelação Cível nº 0001954-56.2010.8.26.0091**; da Comarca de Mogi das Cruzes, SP - 1ª. Julgado em 04/08/2020. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13826606&cdForo=0. Acessado em: 05 ago. 2020

_____. **Apelação Cível nº 1024144-04.2018.8.26.0224**, da Comarca de Guarulhos, SP. Julgado em 12/05/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13551364&cdForo=0>. Acessado em: 05 ago. 2020

_____. **Apelação Cível nº 1000023-52.2018.8.26.0533**, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, SP. Julgado em 18/02/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13327411&cdForo=0>. Acessado em: 05 ago. 2020.

_____. **Apelação Cível nº 1122422-58.2017.8.26.0100**, do Foro Central Cível, SP. Julgado em. 17/07/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13759281&cdForo=0>. Acessado em: 05 ago. 2020.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPÍTULO 11

DE LOS PROCESOS ESTOCÁSTICOS A LOS PROCESOS JURÍDICOS

Data de aceite: 25/03/2021

Manuel Antonio Ballesteros Romero
Corporación Universitaria Americana
Medellín, Antioquia, Colombia
https://orcid.org/0000-0001-7176-8912

Luis Fernando Garcés Giraldo
Corporación Universitaria Americana
Medellín, Antioquia, Colombia
https://orcid.org/0000-0003-3286-8704

Jovany Arley Sepúlveda Aguirre
Corporación Universitaria Americana
Medellín, Antioquia, Colombia
https://orcid.org/0000-0002-1047-6673

Eulalia García-Marín
Corporación Universitaria Americana
Medellín, Antioquia, Colombia
https://orcid.org/0000-0003-2246-3789

Artículo derivado del proyecto de investigación de tesis doctoral cuya temática "el derecho y el tiempo" en ejecución en el Doctorado en Derecho en la Universidad de Medellín (Antioquia).

RESUMEN: El trabajo muestra la diferencia y relación forma-proceso, a partir de la situación espacio-tiempo, dependiendo de si el observador no se detiene y observa las cosas estáticas, o se detiene y las observa en movimiento. Se hace una diferenciación entre: a) proceso de constituir, de existir y de extinguirse; b) procesos endógenos, exógenos y formativos; y c) procesos inorgánicos y orgánicos; para concluir que el derecho es un proceso inmaterial, cultural, orgánico, que privilegia el proceso formativo y los cambios endógenos, y que reacciona elásticamente a los procesos exógenos que le impactan. Se diferencia la forma como percepción trivial y estática de los procesos, de la forma que forma, conforma, transforma o deforma, propia de una visión dinámica.

PALABRAS CLAVE: Procesos estocásticos, procesos jurídicos, derecho.

DE PROCESSOS ESTOCÁSTICOS A PROCESSOS LEGAIS

RESUMO: A obra mostra a diferença e a relação forma-processo, a partir da situação espaço-temporal, dependendo se o observador não para e observa as coisas estáticas, ou para e as observa em movimento. É feita uma diferenciação entre: a) o processo de constituição, existência e extinção; b) processos endógenos, exógenos e formativos; ec) processos inorgânicos e orgânicos; concluir que o direito é um processo imaterial, cultural, orgânico que privilegia o processo formativo e as mudanças endógenas e que reage elasticamente aos processos exógenos que o impactam. A forma se diferencia como percepção trivial e estática dos processos, desde a forma que forma, dá forma, transforma ou deforma, típica de uma visão dinâmica.

PALAVRAS-CHAVE: Processos estocásticos, processos legais, direito.

FROM STOCHASTIC PROCESSES TO LEGAL PROCESSES

ABSTRACT: His work shows the difference and form-process relationship, from the space-time situation, depending on whether the observer does not stop and observe the static things, or stop and observe them in motion. A differentiation is made between: a) the process of constituting, existing and extinguishing; b) endogenous, exogenous and formative processes; and c) inorganic and organic processes; to conclude that law is an immaterial, cultural, organic process that privileges the formative process and endogenous changes, and that elastically reacts to exogenous processes that impact it. The form is distinguished as the trivial and static perception of the processes, from the form that forms, shapes, transforms or deforms, typical of a dynamic vision.
KEYWORDS: Stochastic processes, legal processes, law.

INTRODUCCIÓN

Expresiones como proceso, norma formal, y forma, son de uso tan común en el derecho que son tratadas como sinécdoques, entendiéndose que el proceso, por antonomasia, es el proceso jurisdiccional, y también, que por antonomasia, si una norma no es sustancial, entonces es formal, en ello participa Kelsen, en los siguientes términos:

> Como derecho de forma se denomina a las normas generales que regulan la organización y la actuación de los organismos judiciales y administrativos, como los llamados código de procedimientos (…). Por derecho de fondo, material o sustantivo, se entienden las normas generales que determinan el contenido de los actos judiciales y administrativos, llamada directamente derecho civil, derecho penal y derecho administrativo (Kelsen, 2005, p. 241).

Con esa clasificación, que no necesariamente es trivial, se trivializa la norma no sustantiva, considerándola como de simples formalismos y negándole esencialidad en las relaciones jurídicas, para tratarlas como accesoria, hasta el punto de que a una norma constitucional que ordena: "…prevalecerá el derecho sustancial.", se le quita el punto con que termina la oración para agregarle un sintagma y citarla como: "…prevalecerá el derecho sustancial *sobre el formal o procesal*".

El presente trabajo enfrenta esas *fatas morganas* que parecen verdades trascendentes, pero que carecen de una etiología, por eso son confrontadas con los orígenes mismos de la expresión, partiendo de que las mismas no tienen un significado y sentido propio, sino un significado y sentido derivado y sobre todo relacionado, aunque a fuerza del aislamiento se suponga, falsamente su autonomía y originalidad.

En ese camino se hace un análisis de los procesos, partiendo, de un lado, de una conceptualización general, y de otro lado, de las diferentes formas de procesos, lo cual exige remontarse a los procesos en la naturaleza, partiendo de los que están sometidos al azar, pasando por los procesos biológicos, los culturales, hasta llegar a los inmateriales y con ellos a los diferentes procesos que se dan en el derecho, lo que evidencia la presencia

de un método deductivo. Ya en el derecho se alcanzan a mirar diferentes procesos, de los cuales, apenas uno es el proceso jurisdiccional, pues existe el proceso constituyente, el proceso de creación o identificación y promulgación de normas, el proceso para crear derechos, los denominados procedimientos (disciplinario, administrativo, fiscal, etc.), para buscar el elemento común, lo que implica un método inductivo. Ha debido acudirse además a la hermenéutica y a hacer un análisis distópico y de reducción al absurdo, dado el diálogo interdisciplinar que se propone. A ese análisis se somete el concepto forma, que resulta asaz polisémico, no obstante lo cual se aborda el tema, deslindando las diferentes acepciones que se encuentran, y en medio de ellas, se desvela la forma en el derecho, y lo que se conoce como derecho formal.

LAS COSAS Y LOS PROCESOS

Afirma Alexy (2008, p. 36) "la filosofía es la reflexión general y sistemática sobre lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno y sobre cómo es posible el conocimiento acerca de estas dos cosas". Esa preocupación de un hombre contemporáneo ha sido compartida desde los primeros filósofos de occidente. No por el prurito de acudir a los filósofos griegos para validar el discurso, sino por la relación espacio tiempo que hacen, se acude tres de ellos. Plantea Parménides (1983, p. 52) "que el ser es increado e imperecedero, puesto que posee todos sus miembros, es inmóvil y no conoce fin". Esa es una percepción del ser no desconoce al tiempo ni al espacio, sino que sustrae al sujeto que valora, por eso el *ser* no por fuera del espacio y del tiempo sino abstraído de la noción de tiempo y de espacio como son entendidas cotidianamente.

Zenón (1983, p. 64) sostiene: "Si existen muchas cosas, necesariamente habrá de ellas tantas cuantas existan; ni más ni menos. Y si hay tantas cuantas existan su número será limitado. Si existen muchas cosas, lo que exista resulta ilimitado. Porque siempre habrá otros seres entre los que existen, y aún otros de nuevo entre estos. Y así se dan en número ilimitado[1]." Esa percepción se centra esencialmente en el espacio, desde dos ángulos: a) primero en relación con un sujeto observador, que entiende el espacio como medida de capacidad de cuerpos, donde determinado espacio, perceptible para el observador cabe un número finito de cuerpos; b) luego haciendo abstracción del observador, ahí el espacio se hace infinito y las cosas que en él caben son infinitas.

Heráclito (1983, pp. 200, 237) al exponer el principio πάντα ρει (*panta rei-todo fuye)*, expresa:

"Diversas aguas fluyen para los que se bañan en los mismos ríos. Y también las almas se evaporan de las aguas" "No se puede sumergir dos veces en el mismo río. Las cosas se dispersan y se reúnen de nuevo, se aproximan y se alejan") (Heráclito, 1983). Su principio se centra en el tiempo y no en el espacio, y lo hace también desde dos ángulos:

1 Zenon. (1983). Fragmentos. Ediciones Orbis. Colección historia del pensamiento. Barcelona 1983.

a) con el observador, que está sumergido mientras ve discurrir diversas aguas; b) luego prescindiendo del observador, las almas se evaporan, las cosas se dispersas y se reúnen.

Esas tres visiones de las cosas: con independencia del observador y por lo mismo del espacio y del tiempo; en función del espacio, con y sin observador; y en función del tiempo con observador y sin observador, son fundamentales al abordar el estudio de las formas y los procesos.

Haciendo un salto histórico, Kant, al referirse al Ideal de la razón pura, diferencia *la cosa en sí,* esto es, la cosa separada del sujeto, de las cosas que percibimos. A diferencia de los tres filósofos griegos citados, no centra su reflexión en la relación ser-tiempo o ser-espacio, sino en la relación ser-sujeto observador:

> Los conceptos puros del entendimiento independientes de todas las condiciones de la sensibilidad, no pueden representarnos objetos puesto que las condiciones de la realidad objetiva les faltan y no encuentran nada más que simples formas del pensamiento. Sin embargo, podemos representarlos inconcreto cuando se aplican a los fenómenos, pues estos últimos constituyen por sí propiamente la materia exigida por el concepto de la experiencia la cual no es otra cosa que un concepto del entendimiento in concreto. Pero las ideas están todavía más alejadas de la realidad objetiva que las categorías; puesto que no podemos encontrar fenómenos donde puedan ser representadas in concreto. Contienen cierta perfección a la cual no llega ningún conocimiento empírico (Kant, 1996, pp. 259-260).

Esa reformulación del problema atrapa la atención de Schopenhauer, que expresa:

> La cosa en sí, que Kant oponía al fenómeno, llamado por mí representación, de que esa cosa en sí, considerada como incognoscible; ese sustrato de todos los fenómenos y de la naturaleza toda, por lo tanto no es más que aquello que siéndonos conocido inmediatamente y muy familiar, hallamos en el interior de nuestro ser propio como voluntad, que por lo tanto, es voluntad, en vez de ser como hasta aquí han supuesto los filósofos todos, algo inseparable del conocimiento y mero resultado de este, le es fundamentalmente diferente e independiente de todo… que esta voluntad es la única cosa en sí, lo único verdaderamente real, lo único originario y metafísico (Schopenhauer, 1995, p. 40)

Schopenhauer presenta el ser de dos maneras complementarias: a) el ser como representación, que es en función del observador, cómo este percibe el objeto, estático en el tiempo, como una fotografía; b) la otra, obedece a la naturaleza del objeto, y la denomina voluntad, y conforme a ella, el objeto está siguiendo una marcha en una dirección que le señala su naturaleza, es dinámica, sucede en el tiempo, está presente la idea de proceso.

En la actualidad o plantea Cereijido

> "No somos una cosa sino un conjunto de moléculas que en este momento están presentes en este eterno proceso de ser nosotros". (Cereijido, 2009 p.19.) "Sería conveniente advertir que, en realidad, los sistemas no sufren procesos, sino que son formas adoptadas por los procesos. El agua que ingresa al organismo se reparte por los tejidos y luego es orinada, defecada,

transpirada y reabsorbida por la tierra o evaporada. No es agua que "pasó" por el organismo sino que ella misma fue el organismo durante el tiempo que participó de los mil y un procesos biológicos" (Cereijido, 2009, p. 37.)

El espacio y las cosas

Sean dos oraciones: a) un cuerpo está en el espacio y mide un metro cúbico; b) un cuerpo ocupa un espacio de un metro cúbico. El análisis de esas oraciones nos da que los sujetos son iguales y que realizan acciones iguales. Sin embargo, el objeto directo no es igual. La unidad léxica 'espacio', es usada con significados diferentes en una y otra oración, lo que se muestra preguntando ¿Cuántos metros cúbicos caben en el espacio? La respuesta R, será: R= ∞ para la oración a), mientras que R=1 para la oración b). Poner el espacio como una relación del cuerpo es una subjetivación del espacio.

El volumen de un cuerpo, su masa o su capacidad no es una propiedad del espacio, y sólo lo será cuando se hace una triangulación: cuerpo-observador-espacio. Pero sin el espacio, el cuerpo no podría expresar, para el observador, la dimensión de su corporalidad; de manera que las dimensiones del cuerpo, para el observador, son relativas al espacio que ocupa, lo que hace que el espacio sea, la dimensión por excelencia, donde el cuerpo esta.

El tiempo y el proceso

Un acontecimiento que dura una hora, tiene una entidad o manifestación sensible para un observador, pero lo que acontece no afecta, en absoluto, el tiempo. Si fuera una explosión, afectaría a los cuerpos que estén en su radio de alcance; y si tuviera efectos radiactivos, seguiría afectando cuerpos en momentos posteriores a la explosión, pero el tiempo, como dimensión, no se verá afectado. No obstante, el suceso medible en tiempo, se expresa en el tiempo, en el que sucede, situándolo con un antes y un después, de manera que el tiempo es la dimensión por excelencia donde se expresan los sucesos.

El cuerpo, de una determinada dimensión en el espacio, puede ser: leche, que tardó media hora en cuajarse; carne que tardó 24 horas en descomponerse; semilla que tardó tres días en germinar, etc. Pero, si se impide la interacción endógena de cada cuerpo y la interacción del cuerpo y el medio, pueden pasar días, años, siglos, sin que la leche se cuaje, sin que la carne se descomponga o sin que la semilla germine. Nada cambia, por más que el tiempo trascurra, si se mantienen condiciones *céteris páribus*. El tiempo no es un agente que propicie el cambio, si no la dimensión donde se observan los cambios y en el equilibrio de la congelación, el cambio se detiene, sin que con ello se altere el tiempo. Desde termodinámica se denomina equilibrio, sobre el cual expresa Van Ness:

"El equilibrio es una palabra que denota una condición estática o ausencia de cambio. En termodinámica no significa solo ausencia de cambio, sino la ausencia de cualquier tendencia hacia un cambio en escala macroscópica. Un sistema en estado de equilibrio es aquel que se encuentra en condiciones tales que no presenta ninguna tendencia para que

ocurra un cambio en su estado".

Sobre esa resistencia al cambio, con independencia del tiempo expone Schrödinger "Cuando un sistema es aislado o colocado en un ambiente uniforme, todo movimiento llega muy pronto a una paralización, como resultado de diversos tipos de fricción; las diferencias de potencial eléctrico o químico quedan iguala<das, las sustancias que tienden a formar un compuesto químico lo hacen y la temperatura pasa a ser uniforme por la transmisión de calor" (Schrödinger, 2009, pp. 109-110).

Que el tiempo tenga una dirección, flecha termodinámica del tiempo- marcada por la ocurrencia de los sucesos, es una ficción metodológica donde se hace depender ese "todo" que es el tiempo, de los cambios que acontecen en un ente determinado, y se hacen perceptibles por él. No es el tiempo quien produce los cambios en las cosas, es la interacción de un cuerpo sometido a múltiples variables, lo que permite la ocurrencia de esos cambios, otra cosa es que los cambios sean perceptibles en el tiempo. Si se eliminan las variables no se altera el tiempo, pero el cambio se detiene, como sucede con el agua almacenada por miles de años en los glaciares. Que la leche cuaje o la carne se descomponga, es algo que puede evitar a pesar del paso del tiempo y de la misma manera, es algo que se puede acelerar, propiciando la interacción de las variables. No es el tiempo el irreversible, es que las variables que interactuaron con un cuerpo tienen a infinito y aunque algunas se puedan devolver, no se pueden devolver todas y dentro de esas variables, de lo que un cuerpo es en un momento determinado, hay que considerar, tanto las variables que lo impactaron, como las que no lo impactaron, porque de haberlo impactado otra hubiera sido la dirección y sentido de ese cuerpo, y otra hubiera sido su índole.

No se puede perder de vista una tercera dimensión que es la gravedad, y a la cual es relativa el tiempo según Einstein, pues no sólo tiene que ver con la distancia que recorre la luz, sino con la gravedad que genera curvatura en la luz. Ese cuerpo, un cubo de hielo, por ejemplo, que mide un metro cúbico y que tarda una hora en descongelarse, tiene un peso, que responde a sus propiedades físicas en una determinada gravedad. Se toca este tema por ser relevante para el derecho, pero no se hará más referencia a esta ni a otras dimensiones por no ser, en principio relevantes para la explicación de la forma y de los procesos.

Estar y ser

Así como el volumen de un cuerpo no es una verdadera dimensión, sino que es la manera como el cuerpo se expresa en la dimensión espacio, asumiendo una *forma*; así mismo la dimensión de un suceso no es una verdadera dimensión, sino la manera como el suceso de expresa en la dimensión tiempo, presentándose, al observador, como *proceso*. Así se puede afirmar que, *forma es a espacio*, lo que *proceso es a tiempo* y se establece un binomio: *estar* y *ser,* que es el binomio *cosa-suceso*, que es el binomio *forma-proceso*, a partir de la relación: *espacio-tiempo*. Mientras que el espacio es la dimensión donde el

ente realiza su condición de estar, como una cosa, con una *forma* determinada; el tiempo es la dimensión donde el *ente* realiza su condición de *existir*, como suceso, manifestándose como el proceso que sufre la cosa.

No hay una sustitución de la cosa por el proceso, pues ambos subsisten como uno, en dimensiones diferentes: la cosa, no es el espacio, pero *está* en el espacio y el proceso no *es* el tiempo, pero se realiza en el tiempo. Más adelante se observará que esta es la misma relación entre ser, situado en el espacio y deber ser, situado en el tiempo.

El espacio y las formas

La forma se percibe cuando se sustrae el objeto observado de la dimensión temporal, para mirarlo. Al detenerse en la forma, el observador es activo, juzga, valora, pero convierte el objeto observado en algo pasivo, estático: observa la oruga y ve una oruga; observa la crisálida y ve una crisálida; observa una mariposa y ve una mariposa. Pero cada una, no son más que diferentes momentos del mismo *ser*. Cuando se mira la mariposa, la oruga o la crisálida, se hace abstracción del tiempo. Quien mira la luna y la detiene para siempre en una fotografía, es como quien cabalga bajo la luna y ve que la luna lo persigue: el único movimiento que observa es su propio movimiento, como Ptolomeo creyó ver al sol moverse alrededor suyo, cuando sólo apreciaba el espacio, separado del tiempo.

El tiempo y los procesos

Para observar el movimiento constante de las cosas, es el observador quien debe detenerse. Cuando el observador se detiene a observar, ya no verá formas sino procesos, pues las formas son la manifestación de las cosas en el espacio, pero los procesos son la manifestación de las cosas en el tiempo: desde la oruga hasta la mariposa ocurre un verdadero proceso; en los ciclos de la luna hay un verdadero proceso. La foto de la misa de matrimonio o la escritura de constitución de usufructo, son sólo instantes en la dinámica relación jurídica. Esa forma, vista así, sustraída del dinamismo, del cambio, de la interacción, es una forma superflua, no es una forma esencial.

TRES PROCESOS ONTOLÓGICOS

Tres procesos claramente diferenciables, se pueden observar en la existencia del ser: el proceso de constituirse, el proceso de existir y el proceso de extinguirse, sin que haya solución de continuidad entre ellos. Este triple proceso se puede observar en todas las entidades materiales o culturales y por lo mismos en las instituciones jurídicas: en las normas, en las relaciones jurídicas en general, en los contratos y en los derechos.

El proceso de constituirse

En un mineral, por ejemplo, su proceso formativo es a la vez un proceso evolutivo,

que permite que de materias similares evolucione diamante, carbón o petróleo. Un animal existe como consecuencia de un proceso de gestación, que es orgánico; pero que estuvo precedido por un proceso de evolución, que es inorgánico o estocástico. Y pertenecerá a una especie, por el proceso evolutivo y no por el proceso de gestación. Una oveja (Dolly por ejemplo), lo es, no por nacer de una oveja, sino porque tiene la forma esencial de la oveja, que obedece a un proceso evolutivo y que la diferencia de otros ejemplares de la especie *ovis orientalis.*

Una relación jurídica se puede gestar en un proceso de negociación: los contratantes pueden generar un usufructo o un comodato, un matrimonio o una unión marital de hecho; donde participa la voluntad de los contratantes, pero no es suficiente; es necesaria una remisión a la naturaleza misma de la relación, que los lleva a que el proceso de gestación sea diferente, esto es, consensual, solemne o real, según su naturaleza. Lo mismo sucede con el proceso de creación de normas, que dependerá de si la norma es constitucional, estatutaria, ordinaria, entre otras. Algo similar sucede con un proceso jurisdiccional, donde se fecunda una relación jurídica que responde a una evolución y se adecua el proceso a la naturaleza de lo que se procesa.

El proceso de ser

Culminado el proceso de formación, siguen los procesos endógenos al ser, que llevan a que el diamante se comporte diferente al carbón; pero no todos los diamantes son iguales ni lo son los carbones; de la misma manera un individuo de una oveja y una cabra se comportan diferente, no obstante compartir el mismo género, pero también una oveja se comportará de manera diferente a otra, no sólo en su conducta, sino en la producción de leche, de lana, etc. Lo mismo sucede con las relaciones jurídicas: reaccionan diferente el usufructo y el comodato, el matrimonio y la unión marital. Esa diferencia está dada por la naturaleza jurídica de la relación. Pero endógenamente, no se puede esperar que dos contratos de usufructo se comporten de forma idéntica, aunque sean entre los mismos sujetos y por los mismos términos; mucho menos serán idénticos dos matrimonios, tampoco se puede esperar que se comporten de manera idéntica dos créditos, aunque sean entre los mismos sujetos, por montos iguales y respaldados por instrumentos similares. Esa individualidad responde a la esencia de cada relación, de cada derecho.

Proceso de fenecer

Todos los entes del universo tienen señalado una culminación para su existencia. Si las estrellas explotan en supernovas o en las singularidades de los agujeros negros, también el diamante y el carbón culminarán. En las entidades orgánicas ese ciclo finaliza por efectos del equilibrio entre el ente y su entorno, como señala Atkins (1992, p. 198) “Para vivir hay que mantener el fugaz desequilibrio porque el equilibrio es la muerte”. Esa relación

de desequilibrio se da entre sistema y entorno.

Una entidad jurídica cualquiera, será un bien, si por el desequilibrio entre esa entidad y su titular le trasfiere beneficios. El equilibrio se alcanza cuando cesa esa trasferencia de beneficios de esa entidad jurídica a su titular. A partir del equilibrio la entidad jurídica deja de ser un bien (algo que el titular quiere conservar aun a cambio de un sacrificio) y se convierte en un mal (su titular está dispuesto a hacer un sacrificio para dejar de ser titular). Esto es predicable para las relaciones de derecho de carácter real, pero se extiende a cualquier titular de un derecho en relación con el bien jurídico sobre el cual recae ese derecho, sin importar si es patrimonial.

En la relación jurídica, ese desequilibrio se da entre los sujetos que la constituyen, porque entre ellos existe un identificado desequilibrio que hace que la relación sea benéfica, al menos para uno de los sujetos. Cuando desaparece ese desequilibrio a favor de un sujeto, este aspirará a la culminación de la relación jurídica; cuando culmina el desequilibrio para ambos, desaparecen las causas que sostienen la relación jurídica. El desequilibrio hace que entre los sujetos de una relación se intercambien beneficios, no sólo patrimoniales.

LOS PROCESOS SEGÚN EL OBJETO

Según el objeto que sufre o experimenta el proceso se puede hacer una triple clasificación en: endógenos, exógenos y constitutivos o formativos

Procesos endógenos

Son procesos inherentes al objeto mismo, a su propia naturaleza, como puede ser el proceso que sufre un fruto al madurar, un árbol al crecer, o el envejecimiento, propio no sólo de los seres vivos, sino de las máquinas, de los edificios, donde se denomina vetustez, de las montañas, etc., el proceso que sufre una semilla, que cae y germina y da lugar a una nueva planta de idénticas características a las de la planta de donde proviene; el proceso que sufre un huracán por ser huracán y que lo diferencian del proceso que experimenta un tornado.

En este tipo de procesos sucede por la interacción de los elementos que constituyen la esencia misma del objeto que sufre el proceso, y el proceso se evidencia, como es lógico, por el paso del tiempo.

Nótese el efecto que tiene el paso del tiempo en los derechos, según su clasificación general:

Los derechos extrapatrimoniales, son por regla general imprescriptibles, esto es, el mismo Derecho objetivo los hace invulnerables al paso del tiempo.

Los derechos reales se pueden adquirir o perder por prescripción adquisitiva

Las acciones reales o personales, se extinguen, nunca se adquieren, por prescripción extintiva.

Ese proceso diferente que sufre cada una de esas instituciones jurídicas obedece a su naturaleza diferente; pero también se tiene que la prescripción sucede en periodo diferentes de tiempo dependiendo la naturaleza intrínseca de cada derecho, por eso, por más que se hable de prescripción adquisitiva del derecho real de dominio, este se va a comportar de manera diferente en muebles y en inmuebles y en estos últimos dependerá de si es vivienda de interés social, predio rural, etc.

Procesos exógenos

Son procesos extraños al objeto, pero que los interceptan en su existencia como proceso endógeno, generando una perturbación que distorsiona la trayectoria y derivada que describía el objeto, pudiendo acelerar, ralentizar o lentificar, frenar, culminar o desviar el proceso endógeno.

Son ejemplos típicos de este tipo de procesos en el derecho, la fuerza mayor y el caso fortuito; y es, justamente, ante la conciencia de este tipo de procesos que se establece tanto el dolo, que es la aplicación intencionada de un proceso exógeno a una relación jurídica o la culpa y sus diferentes grados, que tiene que ver con la previsibilidad de que estos procesos exógenos intercepten una determinada relación jurídica, un determinado o determinable bien jurídico o un determinado o determinable derecho. Y es justamente en torno a este tipo de procesos que se genera el contrato de seguros, que busca, no impedir el impacto del proceso exógeno estocástico en el bien jurídico asegurado, sino conjurar los efectos de ese impacto.

Procesos formativos

Son procesos que siendo diferentes del objeto procesado -entendido este como objeto final o resultado del proceso-, les son inherentes, en tanto están diseñados en función de lo que procesan, y sólo sirve a los propósitos de lo que procesa. Este tipo de procesos es formativo o constitutivo, porque, aunque se pueda separar de los insumos que procesa, se fusiona con esos insumos en un todo, por el tiempo que dura el proceso, mientras forma la cosa resultado del proceso, que no se hubiera formado o estructurado de no haber sido por haberse sometido los insumos a dicho proceso.

Son ejemplo de este tipo de procesos el proceso evolutivo, el gestacional, el proceso educativo, el proceso constituyente, el proceso de celebración de un contrato, pasando por su perfeccionamiento, su existencia naturaleza y hasta su validez y también lo es el proceso jurisdiccional.

El proceso formativo es, por excelencia, el proceso al que recurre el derecho, sin que eso impida que cada institución o cada derecho sufra un proceso endógeno o se pueda ver afectado por procesos exógenos.

A partir de lo anterior se evidencia como el proceso jurisdiccional es el proceso formativo por antonomasia, hace uso de su proceso endógeno, que le es inherente, para ser

debido proceso; pero a la vez y no obstante recibir innumerables variables, está diseñado, justamente para procesar esas variables y para impedir ser perturbado por cualquier otro proceso exógeno; por eso, a diferencia de una gestación que se puede interrumpir, intencionalmente o no, el proceso jurisdiccional debe terminar con una sentencia de fondo. Si llegara a suceder que el proceso culmina con una sentencia que no sea de fondo significaría que no hubo un debido proceso y hubo perturbación al proceso en su curso o en su inicio mismo, lo cual puede tener como causa, que el insumo llevado al proceso tenía una forma superflua engañosa, que logró introducirse en una acción que no le correspondía, esto, que el proceso exógeno se incubó en el proceso mismo.

El derecho como sistema performativo

Que el proceso formativo, sea, por antonomasia el proceso propio del derecho, se debe a la condición propia del derecho en tanto que él mismo es un proceso y el derecho como proceso es un sistema *performativo* – o si se prefiere *realizativo*-, entendido el concepto en toda la dimensión que le da Austin[2], pues la acción la produce el derecho, cuando se pronuncia de manera inteligible para la sociedad, a través de la norma[3] o de la reducción de la incertidumbre social. La norma podría ser considerada como un enunciado, pero el derecho no será simplemente un enunciado, el derecho es una acción constante –un proceso-, que cada vez que se expresa, hace, realiza, por eso es *realizativo*, por eso, por expresarse a través de acciones es un sistema *performativo* y el principal objeto a procesar por ese gran proceso que es el derecho, son justamente los procesos estocásticos, que se tratarán más adelante.

LOS PROCESOS Y LAS REGLAS QUE LO GOBIERNAN

Según las reglas que los gobiernan, se diferencian los procesos inorgánicos, que son los que están gobernados por el azar, y los procesos orgánicos, caracterizados por la predictibilidad.

Procesos inorgánicos

Monod (2000, p. 121), compara el azar operacional con los dados o la ruleta y lo diferencia del azar esencial, al que califica como inherente a la independencia total de dos series de acontecimientos cuyo encuentro se produce, por ejemplo, en un accidente[4]. Ese tipo de azar, esencial, es el que caracteriza a los procesos inorgánicos, por eso no es un proceso identificable *a priori*, sino al finalizar el mismo, esto es, sólo se puede identificar

2 Auistin, John Langshaw. *Como hacer cosas con palabras*. [en línea] Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, 1955. En: http://www.seminariodefilosofiadelderecho.com/BIBLIOTECA/A/austincomohacercosasconpalabras.pdf En: www.philosophia.cl, (consultado el 7 de noviembre de 2009).

3 No puede por esta afirmación considerarse que la norma sea lo esencial del derecho, aunque no se entre en detalles al respecto, una visión compleja del derecho impide reducir el derecho a normas.

4 MONOD, Jacques. *El azar y la necesidad*. Trad. Francisco Ferrer Lerin. Barcelona: Tusquets, 2000. p. 121.

el proceso situándose al final del mismo y mirando hacia el pasado, se identifican por sus resultados y se sabe que hubo un proceso porque se encuentra el resultado de ese proceso: se encuentra diamante, carbón, petróleo, gas, y se sabe que hubo procesos diferentes por los resultados diferentes, pues partieron de unos insumos más o menos comunes. Lo mismo sucede cuando se observa una oveja, una cabra, un búfalo, todos son bóvidos, lo que significa que tuvieron un antecedente común, pero el proceso evolutivo fue diferente y se puede estudiar el proceso evolutivo hacia el pasado, pero no se puede predecir siquiera si devendrían subespecies a partir de una oveja y menos cuales serían.

Es justamente lo que sucede en el ejemplo dado por Monod, en el aparte citado: sólo sabremos que el resultado fue un accidente cuando este ha sucedido, y a partir de ahí podemos dedicarle tiempo a su etiología y entonces, visto en una perspectiva histórica, aparecerá como necesario, como efecto de una serie ininterrumpidas de causas, pero eso sólo es posible en una mirada regresiva, pero nadie podrá situarse al inicio del proceso, porque la existencia misma del proceso está sometida al azar y puede ser interrumpido, re direccionado, entre otros (Prigogine, 2008; Prigogine, 2009, Prigogine, 2001)

Lo que llevó a plantear una ley de la causalidad es esa vista de los procesos en forma regresiva, partiendo del objeto producto del proceso hacia atrás. A ese respecto hace referencia Prigogine (2008, p. 17)[5] cuando afirma “la aspiración de la física clásica era descubrir lo inmutable”. En ese mismo sentido Prigogine (2009, p. 51) escribe: “según la concepción clásica el hombre se halla frente a un universo autómata[6]”; en “Las leyes del caos” enfatiza: “en las ciencias naturales el ideal tradicional era alcanzar la certidumbre asociada a una descripción determinista*”* Prigogine (2008, p. 15)*.* Parece dejar claro Prigogine que en la ciencia actual no cabe como propósito la búsqueda de lo inmutable, o de los sistemas puros. En otra de sus obras señala: “la física tradicional vinculaba conocimiento completo y certidumbre, que en ciertas condiciones iniciales apropiadas garantizaban la previsibilidad del futuro” Prigogine (2001, p. 11)[7].

En las últimas décadas han podido ver que la ley no es la causalidad, sino el caos “¿hay leyes del caos? ¿Acaso no es el caos por definición imprevisible? veremos que no es así, sino que la noción de caos nos obliga reconsiderar la noción de “leyes de la naturaleza””. Prigogine (2008, p. 13).

Los procesos inorgánicos o estocásticos constituyen la verdadera gran preocupación del Derecho, porque esos procesos se enquistan en los intersticios de las diferentes relaciones jurídicas, y generan distorsión en esas relaciones; otras veces, simplemente impactan una relación jurídica perfectamente planificada y tuercen su dirección, sus efectos, sus consecuencias. La ambición del derecho es ejercer un control pleno sobre las variables, pero nunca podrá lograrlo a plenitud, porque puede controlar el riesgo de parte y el de contraparte; porque puede controlar lo predecible; pero no puede controlar la

5 PRIGOGINE, *Las leyes…*, Opa. Cit., p. 17.
6 PRIGOGINE, *Tan sólo…*, Opa. Cit., p. 51.
7 PRIGOGINE, *El fin de…*, Opa. Cit., p. 11.

interceptación por procesos gobernados por azar esencial.

La esencia lógica del derecho es controlar el caos y lo hace trasformando variables en constantes, a través de normas y clausulas, pero las variables, de un lado no todas son predecibles y de otro lado, si se consideran todas las alternativas, de todas las personas y todas las instituciones en un momento dado y la consecuencia de las interrelaciones de esas múltiples alternativas, sería imposible que fueran controladas bajo un sistema de leyes; pero si además se tiene en cuenta que esas múltiples interrelaciones no están estáticas en el espacio, sino que el derecho las enfrenta en la dimensión temporal de la sociedad, entonces la incertidumbre aumenta exponencialmente. Un sistema caótico –en palabras de Talanquer (2009, p. 79- resulta impredecible porque es extraordinariamente sensible a las especificaciones de las condiciones iniciales a partir de las cuales se quiere estudiar su evolución. Cualquier pequeño cambio en el estado inicial tiene dramáticos efectos en el comportamiento futuro[8].

Los procesos inorgánicos pueden ser naturales, como la evolución, la formación de rocas, etc., y sociales, como la formación estocástica de conurbaciones en las ciudades, como las reacciones incontrolables de la masa a ciertos eventos de redes sociales, como ciertas reacciones impredecibles del mercado, como la procreación en madres solteras menores de edad; o incluso con las relaciones de pareja por fuera del vínculo matrimonial, que puede iniciar con actos equívocos, que pueden terminar o no, en una unión marital o en la constitución de una familia.

Los procesos orgánicos

A diferencia de los procesos inorgánicos, dónde no se conoce el proceso de manera previa, sino a partir del resultado, los procesos orgánicos son, conocidos *a priori,* como procesos, y predecibles en su resultado. Si no es posible conocer el proceso antes de que emita su resultado entonces no será un proceso orgánico sino inorgánico; y algo similar puede decirse, sobre si no puede predecirse con un elevado grado de probabilidad el resultado, de manera que, no todo cambio que sufra un organismo será un proceso orgánico, como puede ser el que es resultado de un accidente.

En los procesos orgánicos, se conoce el proceso y se conoce el producto final del proceso; producto que sólo puede ser alterado por la intervención, en contravía, otros procesos, que pueden ser: (i) orgánicos, como la interrupción voluntaria del embarazo, donde el resultado es causal; o (ii) inorgánicos, como la interrupción el embarazo por una enfermedad o un accidente, donde el resultado es *casual*.

De lo anterior, se puede afirmar que lo que hace que un proceso sea orgánico no es que suceda en un organismo, sino que sea posible conocer, *a priori* el proceso (aunque no se conozca) y que sea posible predecir el resultado con un muy elevado grado de probabilidad, sólo perturbable por azar esencial, esto es, porque sobre el mismo intervenga

8 TALANQUER, *Fractus, fracta…,* Opa. Cit., p. 79.

un proceso inorgánico, o porque planificadamente se perturba con otro proceso orgánico. No se puede confundir la causa detonante del proceso, con el proceso mismo, de manera que la causa de un proceso orgánico puede ser un proceso inorgánico.

Clasificación de los procesos orgánicos

Los procesos orgánicos pueden ser a su vez de dos clases: procesos biológicos, como la gestación, la metamorfosis, el nacimiento, germinación y crecimiento de un árbol, el envejecimiento, la muerte etc., y procesos culturales, como el proceso de organización de grupos, la construcción de ciudades, domesticación de animales, entre otros.

Procesos biológicos

A diferencia de los procesos culturales, los procesos biológicos se caracterizan porque en ellos las condiciones están determinadas por la naturaleza misma del organismo, como constantes puestas por la naturaleza, que conducen a un resultado más seguro: salvo que intervenga azar esencial o lo que es lo mismo, que el camino trazado por el proceso orgánico sea interceptado por un proceso inorgánico, el proceso debe culminar y el resultado debe producirse, sin intervención de nadie más que de la voluntad de la naturaleza.(Schopenhauer). Y esos procesos se refinan hasta tal punto que contemplan la posibilidad de azar esencial, muchos organismos han desarrollado una amplia fecundidad para pagar con su prole un inmenso tributo a la naturaleza para que su especie sobreviva [1].
[1] Childe (1997, p. 21) afirma seguidamente: "*El abadejo, el bacalao y algunos otros peces, por ejemplo, logran mantener su número casi constante, durante largos periodos de tiempo. En este sentido obtienen buenos resultados. Pero para mantener ese equilibrio precario, una pareja de abadejos produce 6.000.000 de huevos y una de bacalaos 28.000.000*", pero cada alevino tiene posibilidad de sobrevivir, madurar y reproducirse, pero esa posibilidad individual no elimina la probabilidad de que la mayoría muera en el proceso, como resultado de la intervención estocástica de azar esencial que intercepta los procesos orgánicos.

Procesos culturales

En los procesos culturales, los elementos del proceso no son puestos por la naturaleza sino por la cultura y el organizador del proceso establece, culturalmente unas constantes, que son verdaderas reglas o normas de ese proceso, y con esas reglas o constantes controla la incidencia de azar esencial, para darle mayor probabilidad al producto esperado; así, mientras la reproducción de animales salvajes obedece a un proceso orgánico biológico, la reproducción de animales domésticos obedece a un proceso orgánico cultural, y es lo que permite a una campesina incubar huevos de pavo y de pollo en una misma gallina, pese a que el tiempo de incubación es diferente, o es lo que le permite hacer cruces de una especie con otra para mejorar las resistencia a las plagas o al clima, aumentar la producción de carne, etc.; es lo que permite controlar la temperatura y cantidad de oxígeno y ausencia de depredadores, reduciendo al máximo la probabilidad

de azar esencial, lo que se hace eliminando las variables y cambiándolas por constantes, que son verdaderas reglas.

Procesos incorporales

Al grupo de procesos culturales pertenece una subclasificación, que son los procesos que no están integrados por entidades tangibles o corporales; que se caracterizan y por lo mismo se diferencian, en que la cosa objeto del proceso es inaprensible físicamente por el sujeto; pero tanto el proceso, como el resultado del proceso es pura creación cultural y quien la crea la dota de identidad, de esencia, de manera que el proceso sólo existe en los términos en que ha sido creado y dotado de sentido y de propósito por su creador, y cuando no responda a ese sentido que le ha sido dado, entonces se somete a procesos de revisión, ajuste, corrección, para ajustar esa anomalía, de manera que siempre se pueda tener control del proceso a través de las reglas o constantes que lo gobiernan.

Así entonces, no se podrá dar el mismo trato a la cosa como entidad externa y material, que la cosa que es creada con una entidad, no material. Un ser humano es, al menos hoy, una categoría corporal, pero la categorías de persona y ciudadano son categorías incorporales, y eso es lo que posibilita el siguiente ejemplo: habiendo tres seres humanos mayores de 18 años en Colombia, todos sean imputables y sujetos del derecho penal; sin embargo; uno de ellos no pueda, ni disponer de derechos, ni acudir a juicios civiles, por encontrarse en el Territorio de manera ilegal; y sólo uno de ellos pueda ejercer el derecho al voto, por ser ciudadano. Esa categoría por la cual, sólo uno tiene la ciudadanía, y sólo dos tienen derecho de disposición, de acción y de excepción, muestra que no obstante la entidad corporal, están dotados de otras entidades que no son corporales. En otro ejemplo: una persona habita un inmueble que tiene un valor equivalente a 100 mil dólares; ese inmueble, como entidad corpórea es diferente del derecho real de dominio que tiene su propietario, cuyo valor es de 100 mil dólares, y si quien habita el inmueble fuera el propietario, no se podría decir que su patrimonio suma 200 mil dólares, representados, 100 mil dólares en el inmueble y 100 mil dólares en el derecho real, no obstantes ser diferentes el inmueble y el derecho real, lo que permite que la tenencia recaiga en un sujeto y el dominio en otro, y la tenencia puede recaer como derecho real, de usufructo o de habitación o como derecho personal, nacido del comodato o del arrendamiento, siendo diferentes cada una de esas entidades jurídicas. Una aproximación a esta visión se puede observar en la naturaleza dual del derecho, presentada por Alexis (El concepto y la naturaleza del derecho página 78) donde sostiene que “a pesar de su anclaje en el mundo real, el derecho no puede ser reducido a una clase natural o a un objeto, tal como ocurre con los conceptos de agua, agujeros negros o matar. El concepto de derecho representa un paradigma de un concepto de una clase no-natural que está intrínsecamente ligado con clases naturales”

A esta última clasificación de los sistemas inmateriales pertenece el derecho y todos los procesos que tienen que ver con el derecho, donde a su vez se pueden hacer múltiples

clasificaciones, como: el proceso de formación del derecho, de las normas, de las relaciones jurídicas y de los derechos; el proceso transformación del derecho, de las normas, de las relaciones jurídicas y de los derechos; y el proceso de extinción del derecho, de las normas, de las relaciones jurídicas y de los derechos. Todo lo cual se puede percibir en el proceso de producción de normas, el proceso de descubrimiento de principios, el proceso que da lugar a la celebración de contratos, constitución de sociedades y personas jurídicas, todos los cuales son ejemplos referidos el derecho en su sentido objetivo; pero también se puede hablar del proceso de formación de un derecho, su modificación y extinción, tratado como derecho subjetivo. Todo lo anterior, sin dejar de lado, desde luego, los dos que al ser considerados los procesos, por antonomasia, distraen la atención de que todos los otros puedan ser considerados también procesos: el procedimiento (administrativo, laboral, disciplinario, etc.) y el proceso jurisdiccional, cada uno a su vez con múltiples clasificaciones.

CONCLUSIÓN

Como una primera conclusión se resaltan los elementos comunes a todos los procesos.

Todo proceso, desde los inorgánicos, pasando por los orgánicos, los culturales y hasta llegar a los procesos propios del derecho, tienen unos elementos comunes que los caracterizan como proceso. Ese elemento en común consiste, en que el proceso no se limita a dar *form*a, sino que por su propia esencia de proceso trans*form*a, a la par que *form*a lo que será el resultado esencial de ese proceso, y al *forma*r ese producto resultará con una *form*a que le es, no superficial, sino esencial, es decir, las *form*as del producto del proceso, son *forma*s esenciales, sustanciales y no superficiales.

Como un segundo aspecto relevante se destaca que todo proceso se hace evidente sólo en el tiempo, y nunca en el espacio, es decir, hay que abstraer al ente objeto del proceso de la quietud o estaticidad del espacio para observar su dinamismo; pero debe considerarse que el cambio no depende del tiempo *per se*, sino de la interacción de variables y constantes con la cosa que sufre el proceso. El derecho real de dominio no se pierde o se adquiere por el sólo paso del tiempo; la obligación no se extingue por el sólo paso del tiempo, las normas jurídicas no cambian por el sólo paso del tiempo. Y en efecto, los bienes no transmiten sus titulares los derechos subjetivos por el sólo paso del tiempo, sino en proporción a la actividad desplegada por ese paso del tiempo. Por eso la caducidad tampoco opera como institución por el sólo paso del tiempo, sino que requiere de la ausencia de actividad para que opere.

Como una tercera y fundamental conclusión se tiene que el derecho mismo y todas sus instituciones, normas, relaciones jurídicas convencionales o no, procesos de creación o producción del derecho es un sistema orgánico, cultural, inmaterial, que entierra sus raíces en lo incorporal.

Por ser el derecho un proceso orgánico, esto es preexistente al objeto procesado, cultural, esto es, controlado por la sociedad e inmaterial, es que el proceso se hace fundamental, primordial, sustancial, es decir, no se puede predicar una prevalencia de los sustancial a lo procesal, porque todo lo que en el derecho es sustancial surge, necesariamente de un proceso que lo forma y lo conforma y no puede renunciar a ese rito de formación, lo que no impide simplificar el rito, como cuando se permite constituir sociedades por documento privado simplificando el rito de la escritura pública, pero a cambio se pide el registro como condición, ya no de oponibilidad sino de existencia; o cuando se permite el testamento verbal, pero a cambio se le da una existencia efímera.

Dos derechos personales, como el que tiene un tenedor a título de comodato y otro a título de arrendador, se diferencian por su forma endógena de ser y por su proceso mismo de formación que llevan a que el primero siempre sea sobre cuerpo cierto y no el segundo, a que el primero siempre sea a título gratuito y oneroso el segundo. A su vez, esos derechos personales se diferencian de los reales de habitación y usufructo por su relación exógena con otros procesos, pues mientras que los derechos reales sólo son vulnerables a la prescripción, los personales son vulnerables por vía de acción y por vía de excepción. De la misma manera, los derechos patrimoniales, sean reales o personales, se diferencian de los extrapatrimoniales, en su entidad misma o prestación, como procesos endógenos; en su vulnerabilidad a las acciones, a las prescripciones, a las caducidades.

Todo derecho se diferencia, de otro, sin importar si ambos son personales, reales, o extrapatrimoniales; e incluso un derecho real de prenda se diferencia de otro derecho real de prenda en su formación, en su forma endógena y en su forma de dejar de existir; en su forma de enfrentar los procesos exógenos. Eso lleva a que cada derecho sea único no obstante los patrones comunes y esa exclusividad la debe a su formación y forma esencial.

REFERENCIAS

Alexy, Robert. (2008). *Concepto y naturaleza del derecho*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.

Atkins, P.W. (1992). *La Segunda ley*. Barcelona: Prensa científica.

Austin, John Langshaw. (1955). *Como hacer cosas con palabras*. [En línea] Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, 1955. [Consultado el 7 de noviembre de 2009]. Disponible en: http://www.seminariodefilosofiadelderecho.com/BIBLIOTECA/A/austincomohacercosasconpalabras.pdfEn: *www.philosophia.cl*

Cereijido, Marcelino. (2009). *Elogio del desequilibrio*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores .

Childe, Vere Gordon. (1997). *Los orígenes de la civilización*. México: Fondo de Cultura Económica.

Einstein, Albert. (1993). *La teoría de la relatividad*. Barcelona: Altaya.

Kant, Manuel. (1996). *Crítica de la Razón Pura*. 9 ed. México D.F.: Porrúa 375 p.

Heráclito. (1983). *Fragmentos*. Traducción del griego, exposición y comentarios de Luís Farré. Barcelona: Orbis.

Kelsen, Hans. (2005). Teoría pura del derecho. Trad. Roberto Vernengo. México: Porrúa.

Monod, Jacques. (2000). *El azar y la necesidad*. Trad. Francisco Ferrer Lerin. Barcelona: Tuquets.

Munné, Frederick. (1994). Complejidad y caos: más allá de una ideología del orden y del desorden. En Montero M., coord., *Conocimiento, realidad e ideología*. [En línea]. Caracas: Avepso, 1994. Universidad de Barcelona. [Consultado el 3 de noviembre de 2010]. Disponible en: http://www.portalpsicologia.org/documento.jsp?idDocumento=2063

Parménides. (1983). *Fragmentos*. Traducción del griego, prólogo y notas por José Antonio Miguez. Barcelona: Orbis

Prigogine, Ilya. (2009). ¿Tan sólo una ilusión? Trad. de MARTÍN, Francisco. Barcelona: Tuquets
Prigogine, Ilya. (2008). *Las leyes del caos*. Trad. Vivanco, Juan. Barcelona: Crítica, 2008.

Prigogine, Ilya. (2001). *El fin de las certidumbres.* Trad. Pierre Jacomet. Madrid: Taurus.

Talanquer, Vicente. (2003). *Fractus, fractal, fractal: fractales, de laberintos y espejos*. Fondo de cultura económica. México.

Schopenhauer, Arthur. (1995). *Sobre la Voluntad de la Naturaleza. Grandes Obras del pensamiento*, No. 65. Barcelona: Altaya.

Schopenhauer, Arthur. (1992). *El Mundo como Voluntad y Representación*. México D.F.: Porrúa, 1992.

Schrödinger, Erwin. (2009). *Ciencia y humanismo.* Trad. Francisco Martín. Barcelona. Tusquets.

CAPÍTULO 12

CELERIDADE PROCESSUAL: BREVES COMENTÁRIOS À LUZ DO DIREITO COMPARADO

Data de aceite: 25/03/2021

Henry Sandres de Oliveira

RESUMO: Há tempos se discute sobre o tempo necessário para alcançar o trânsito em julgado de um processo. Diante de tal preocupação, ressalta-se a existência do Princípio da Razoável Duração do Processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVII, da Magna Carta. Neste impasse, o novo Código de Processo Civil deixou a desejar, visto a falta de inovação. Dessa forma, na presente obra trata-se de uma pesquisa descritiva, qualitativa e documental, tendo como objetivo: analisar a evolução histórica do Processo Civil no Brasil, o qual sofreu forte influência de códigos adotados em países europeus, coletar e examinar os principais dados referentes a celeridade da Justiça brasileira fornecidos anualmente, desde da presente década, pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, e posteriormente, compará-los com dados de outros países, a fim de buscar instrumentos e metas para otimizar celeridade dos processos em âmbito nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Celeridade. Processo Civil. Direito Comparado.

ABSTRACT: There are times when it is discussed about the time needed to reach a final decision on a lawsuit. In the face of concern, it is worth mentioning the Principle of the Reasonable Duration of the process, provided for in article 5º item LXXVII, of the Magna Carta. This impasse, or new Code of Civil Procedure left a desire, seen a lack of innovation. Thus, the present work is a descriptive, qualitative and documentary research, aiming to analyze the evolution of the Civil Process in Brazil, to collect and examine the main data regarding the speed of justice been provided annually since the present decade by the National Justice Council - CNJ, and later, compared to data from other countries, in order to look for instruments to optimize the speed of processes at the national level.

KEYWORDS: Celerity, Civil lawsuit. Comparative Law.

1 I INTRODUÇÃO

Há pouco tempo entrou em vigor o Código de Processo Civil de 2015, entretanto, o referido diploma legal deixou a desejar em diversos aspectos, principalmente quanto a inovações com o intuito de melhorar a celeridade processual.

Nessa linha, muito se cobrou para que se alcançasse a tão sonhada razoável duração do processo, várias sugestões, como: a diminuição do número de recursos e maior eficiência dos prazos, entraram em pauta, todavia, nenhuma dessas realmente veio a se tornar realidade com a nova norma, resultando no descontentamento de parte dos aplicadores do Direito, que considera os atuais procedimentos aplicados em âmbito nacional obsoletos e morosos.

Assim, se encontra alternativas a fim de otimizar a celeridade do Processo Civil no Brasil no Direito Comparado, com o qual é possível

verificar as soluções de outros países em busca da agilidade processual.

2 I BREVE SÍNTESE HISTÓRICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A *priori*, se deve entender a construção histórica do processo civil no Brasil, a fim de desvendar a raiz da problemática.

Dessa forma, tem-se que o Brasil, assim como a maioria das colônias, utilizou as normas processuais de seu colonizador mesmo depois de sua independência.

Assim, as ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas regularam a ciência processual no Brasil até meados de 1800. Ressalta-se que os nomes dados às referidas normas são referências aos Reis da época. Posteriormente às ordenações vieram os Regulamentos e a Consolidações das Leis do Processo Civil, criadas por Joaquim Ribas, conforme explica Nunes (2011. p. 95):

> Somente em 1850 foi editado o chamado regulamento 737 (BRASIL, 1822-1889) com o qual vem disciplinado o processo comercial, no qual se mantinha ainda inalterada a estrutura tradicional do processo comum das Ordenações. O Regulamento 737, entretanto, simplificou e aclarou uma série de regras ao se utilizar de uma técnica legislativa mais moderna

Desse modo, apenas em 1939 surgiu o primeiro Código Civil brasileiro, criado por Pedro Batista Martins, tinha forte influência da doutrina Portuguesa e Austríaca, possuía grande teor de oralidade. Sobre o assunto, Nunes (2011, p. 96) explica:

> [...] a edição do Código de Processo civil de 1939. Por um lado, superando cada forma de fracionamento processual, em aplicação do chamado princípio da unidade processual, o Brasil é dotado de um processo civil uniforme. Por outro lado, tentou-se adaptar às tradições locais as tendências mais modernas do direito processual civil europeu. São levadas em consideração, com rande destaque, as tendências da *Civilprozessordnung* austríaca de 1895, o Projeto Chiovenda de 1919 e o Código de processo civil português de 1926.

Apesar das inovações e da maior visibilidade dada ao Processo Civil, o códex de 1939 sofreu fortes críticas e acabou sendo emendado diversas vezes, retirando a sua intenção original.

Nesse contexto histórico, surgiu o Código Processo Civil de 1973, o qual previu inovações a divisão dos ritos de conhecimento, de execução, cautelar e demais procedimentos especiais. O referido código teve influência da doutrina italiana, debatido por diversos autores como Ada Pellegrini e Candido Dinamarco. Sobre o tema Nunes (2011, p. 99) ensina:

> [...] o Código contém uma abundância de disposições inspiradas a textos estrangeiros. Vêm expressamente mencionadas as legislações alemã, austríaca, italiana, francesa e portuguesa. Por último, foram, além disso, evidenciados interessantes paralelismos com o Código de Processo Civil do

> Estado Cidade do Vaticano. Em suma, o Código de 1973 foi aprovado pela melhor doutrina da época assegurando sua excelência técnica e tentativa de neutralidade ideológica, mas, ao mesmo tempo, não chegou a ofuscar o caráter eminentemente ideológico de não poucos institutos.

Destaca-se ainda, a previsão constitucional do razoável duração do processo como Direito Fundamental, comprovando que a preocupação com a celeridade é antecedente a nossa atual Magna Carta.

Por fim, chega-se até a atual norma, o Código de Processo Civil de 2015, idealizado por Freddy Didier e auxiliado por outros doutrinadores como Alexandre Câmara, teve como influência a doutrina alemã, dando enfoque em resoluções alternativas da lide, como conciliações e acordos.

3 I O ATUAL PANORAMA DO PROCESSO CIVIL NO BRASIL

Exposta a história do processo civil em âmbito nacional, vejamos os seus atuais dados.

Mister destacar, que os dados expostos foram coletados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o qual realiza esta pesquisa desde o início da presente década. Ademais, antes de adentrar na análise da celeridade, referida pesquisa expões diversos dados curiosos.

Em primeiro plano, o estudo demonstrou que os processos de execução são mais demorados que os processos de conhecimento, pra ser mais exato, em média, a fase de execução dura o dobro da fase de conhecimento, tal dado causa estranheza visto que a fase de conhecimento deve possuir maior debate do que a fase execução, com ampla produção de provas e questionamentos.

Segundo o CNJ (2016, p. 126), tal constatação ocorre devido ao acúmulo de processos antigos, *in verbis*:

> Nota-se que a execução (4,3 anos) leva mais que o dobro de tempo do conhecimento (1,9 anos) para receber uma sentença. O dado, contudo, é coerente com o observado na taxa de congestionamento.

Além disso, os Juizados Especiais, os quais foram criados exatamente com o intuito de diminuir a demanda do rito comum e aumentar a celeridade, não lograram êxito em possuir maior agilidade do que os demais ritos, exceto no que diz respeito aos procedimentos em execução, nos quais os Juizados são cerca de 3 (três) vezes mais rápidos do que rito comum, tanto em âmbito Federal quanto em âmbito Estadual.

Outrossim, quanto a celeridade propriamente dita, extrai-se que a Justiça Estadual e a Justiça Federal possuem dados similares, porém a primeira leva vantagem no tempo necessário para julgar em segunda instância. Enquanto a Justiça Federal leva em média 8 (oito) anos julgar um processo na segunda instância, a Justiça Estadual demora “somente”

de 5 (cinco) anos e meio para realizar a mesma tarefa.

Todavia, quando se analisa a Justiça Estadual mais profundamente, extrai-se que os Tribunais de Justiça possuem dados com grande discrepância. Enquanto o TJ/RJ e o TJ/SE levam, em média 3 (três) anos e 2 (dois) anos, respectivamente, para alcançar a sentença, o TJ/PE leva quase uma década, conforme expõe o CNJ (2016, p. 126):

> A maior discrepância entre o tempo médio de sentença de execução e de conhecimento é observado no TJPE, onde a exe-cução (7,0 anos) leva quase três vezes mais tempo que o conhecimento para receber uma sentença (2,4 anos). Por outro lado, o TJSE apresenta um tempo quase igual de sentença no conhecimento (0,9 ano) e na execução (1,0 ano). O TJRJ também apresenta certa similaridade entre o tempo de sentença na execução (1,7 anos) e no conhecimento (1,3 anos).

Já o TJ/RO, demora em média 4 (quatro) anos para finalizar um processo, se mantendo uma posição confortável em comparação ao resto do Brasil.

Quanto ao âmbito da Justiça Federal, tem-se que o TRF-3 é o mais rápido, com média de 7 (sete) anos, enquanto o TRF-5 é mais moroso, com média de 9 (nove) anos.

Por fim, quanto à recorribilidade, os dados demonstram que há maior incidência de recursos quando se aproximam da instância superior, enquanto a primeira instância possui os menores índices, sobre o tema o CNJ (2016, p. 47) explica:

> É nítido perceber que, quanto mais se aproxima das instâncias superiores, maiores são os índices de recorribilidade, tanto externos quanto internos. Os Tribunais Superiores, assim como está o funcionamento da justiça brasileira, ficam abarrotados de casos eminentemente de natureza recursal, que correspondem a 89,4% de suas demandas.

Nessa linha, verifica-se que, em sua grande parte, os recursos possuem caráter meramente protelatório. Ademais, a recorribilidade interna do Superior Tribunal de Justiça, chama atenção pela alta demanda, em torno de 35% (trinta e cinco por cento), conforme expõem o CNJ (2015, p. 46):

> Se considerarmos que somente contra decisões proferidas no 1º e 2° graus de jurisdição foram interpostos 5,2 milhões de recursos em 2015, há a impressão de que, de fato, são muitos recursos a incrementar a carga de trabalho de juízes e tribunais, impedindo que as demandas sejam resolvidas com a celeridade esperada pelas partes.

Por fim, o Conselho Nacional de Justiça (2015, p. 381-382) realiza uma breve análise dos dados coletados, confirmando a celeridade como um obstáculo a ser superado pelo Poder Judiciário:

> Algumas constatações extraídas do Relatório, embora confirmem as impressões do senso comum, oferecem elementos para a reflexão. Confirmou-se que o Judiciário apresenta problemas relativos à morosidade – situação, todavia, agravada na fase da execução dos processos. […]

> As edições anteriores do Relatório Justiça em Números já haviam confirmado a percepção do senso comum, no sentido de que o volume de recursos tem relação direta com a longa duração dos processos. Essa relação restou sintetizada no índice de recorribilidade dos processos, que permite aferir o percentual de recursos interpostos contra decisões terminativas e não terminativas.

Entretanto, o referido instituto também demonstra otimismo com os atuais avanços, indicando que no ano de 2015 foram julgados uma parte dos processos atrasados e o uso da do Processo Eletrônico quebrou recordes.

4 I DADOS DE OUTROS PAÍSES

Demonstrado os atuais dados do processo civil no Brasil, vamos a análise de outros países. Vale ressaltar, antes de adentrar nos referidos dados, que a falta de uniformidade de metodologia e a periodicidade diferente das pesquisas prejudicam em parte os resultados obtidos e sua posterior comparação, porém, nada que comprometa a pesquisa por inteiro.

4.1 Alemanha

Em breves linhas, o Processo Civil Alemão é dividido em 2 (dois) ritos, o primeiro, chamado de *Amtsgericht*, é utilizado para causa até 5.000,00 (cinco mil euros), e o segundo, chamado de *Landgericht*, é utilizado para valores superiores a 5.000,00 (cinco mil euros), algo similar ao rito comum e ao rito sumário no Brasil.

Com essa divisão, a Alemanha consegue finalizar os processos em 13 meses, sendo que o rito ordinário alemão leva cerca de 15 (quinze) meses e o rito sumário alemão leva cerca de 12 (doze) meses, conforme expõem Moreira (2015, p. 1131):

> [...] crer-se em dados estatísticos atinentes ao período de 1998 a 2000, terminavam dentro de 1 ano 94% dos processos instaurados perante os *Amtsgerichte*, e entre 85% e 86% dos instaurados perante os *Landgerichte*

Os procedimentos adotados na Alemanha, atualmente são os mais céleres do mundo, servindo de espelhos para os demais países.

4.2 França

Quanto a França, os ritos dividem-se em Judicial e Administrativo, sendo que dificilmente um processo do segundo rito, chega ao primeiro.

Nessa linha, os dados coletados pelo *Annuaire Statistique de la Justice*, indicaram que a primeira instância demora cerca de 9 (nove) meses para julgar em primeira instância, chegando a 14 (catorze) meses, em média, contando o procedimento por completo.

Todavia no rito Administrativo deixa desejar, neste são necessários 40 (quarenta) meses, sendo 20 (vinte) desses para cada instância. O referido dado se justifica em decorrência da demanda extremamente alta deste rito em solo francês, conforme expõe Moreira (2015, p. 1131).

4.3 Estados Unidos

Sobre os procedimentos adotados no EUA, tem-se que variam de acordo com cada Estados-membros, respeitando cada peculiaridade, porém, também há a divisão entre rito Federal e rito Estadual, sendo que o panorama brasileiro é o inverso do americano, neste último a Justiça Federal é mais célere, precisando de cerca de 19 (dezenove) meses, enquanto a Justiça Estadual demora em média 40 (quarenta) meses. Nessa linha, Moreira (2015. p. 1133) disserta:

> Em obra mais recente, lê-se que em muitos órgãos judiciais é mister esperar quatro ou cinco anos para que uma causa seja julgada, conquanto semelhante demora ocorra principalmente nos casos de julgamento por júri.
>
> A crer-se em estatísticas divulgadas, referentes à justiça federal, a duração média, nos feitos que vão até o *trial*, teria sido, em 2002, de 21,8 meses e, em 2003, de 22,5 meses. 20 Na mesma fonte colhe-se outro dado merecedor de atenção: vem girando em torno de 13% do total o número de processos que duram mais de 3 anos na primeira instância: 12,2% em 2000, 13,9% em 2001, 2,8% em 2002, 13 % em 2003.

Porém, se destaca na justiça estadunidense a porcentagem extremamente baixa de recorribilidade cumulada com a base formada por precedentes, comum em países que adotam a *Common Law*.

4.4 Itália

Sobre a Itália, destaca-se que o CPC de 1973 teve sua base inspirada em autores e instrumentos italianos, sendo aplicado com certa equivalência até os dias de hoje, dividindo em *giudice di* pace, ou rito sumário e *tribunali*, ou rito ordinário.

Ademais, o referido país se encontra entre uma das piores justiças da Europa no que diz respeito a celeridade, junto de países como a Turquia e a Grécia, sofrendo diversas punições pela Corta Europeia, e demorando cerca de espantosos 85 (oitenta e cinco) meses no rito ordinário e 17 (dezessete) meses no rito sumário, conforme explica Moreira (2015, p.1131).

4.5 Reino Unido

A terra da rainha merece destaque quanto a celeridade, vez que até meados dos anos 90, se encontrava entre as justiças mais lentas da Europa, com dados similares aos da Itália.

Todavia, tendo em vista o grande número de punições proferidas pela Corte Europeia, foi realizado um estudo que culminou em uma reforma institucional do Poder Judiciário, as modificações foram as responsáveis por diminuição do tempo de sentença, conforme exposto por Moreira, (2015, p. 1133).

5 I INSTRUMENTOS PARA OTIMIZAR CELERIDADE BRASILEIRA

Diante de todo, verifica-se que a celeridade processual civil é um problema globalizado, todavia, em cada um dos países citados se extrai algum instrumento que seria de grande valia para otimizar os procedimentos em âmbito nacional.

5.1 Valor da causa como limitador do rol de recursos

A primeira sugestão de instrumento vem da doutrina alemã, a qual defende que quanto maior o valor da causa, maior o rol de recursos.

Trata-se de um raciocínio que utiliza primazia do interesse público em face do privado, entendo que a máquina do Judiciário não pode ser movida ao máximo a qualquer título, vez que o prejuízo para a coletividade será maior do que o resultado alcançando em causas de pequeno valor, tal medida é utilizada na Alemanha.

Ressalta-se que o ocorre na Alemanha é similar do rito dos Juizados Especiais no Brasil, todavia, com maior especificação e divisão dos recursos em relação ao valor da causa.

5.2 Efeito suspensivo como exceção

Ainda sobre recursos, tem-se outra sugestão, via de regra, se aplica o efeito suspensivo as decisões recorridas, apesar de a intenção ser proteger o objeto da lide até a nova reanalise, a suspensão da decisão é utilizada como forma de protelar o fim do processo.

Em países como a França e a Alemanha, o efeito suspensivo apenas é concedido após a análise do fato concreto e a devida justificativa para tal concessão.

Dessa forma, diminuiu-se a demanda recursal que busca apenas estender ao máximo tempo necessário para sentenciar, sendo esta problemática o principal crítica dos operadores do Direito em face do atual Processo Civil brasileiro. Tal medida é utilizada na Itália, na Inglaterra e em Portugal, sobre o tema Peixoto (2010, p. 1) e Silva (2001, p. 7) explicam:

> A partir do uso do direito comparado, observamos que no direito italiano, o efeito suspensivo é tido no segundo plano, em face da celeridade processual, conforme é possível auferir do art. 282 do CPC italiano. Neste ordenamento jurídico, a regra é pela não concessão do efeito suspensivo.
>
> Na Inglaterra, por sua vez, a sentença é de imediato executiva, a menos que seja determinada a suspensão da execução (*stay of execution*). Normalmente, essa suspensão é concedida apenas em situações especiais, desde que preenchidas certas condições, como, por exemplo, a possibilidade de êxito no recurso de apelação."

5.3 A criação de um tribunal administrativo

A França, como já dissertado, possui um Tribunal responsável apenas para causas

referentes a Direito Administrativo, este é responsável por diminuir a demanda do Poder Judiciário, funcionado em certa medida com a Justiça do Trabalho no Brasil.

Assim, a criação de Tribunal especializado em matéria administrativa em âmbito nacional, diminuiria demanda do Judiciário, além outros benefícios como a especialização da Justiça.

5.4 Filtro mais rígido para as instâncias superiores

No ano de 2014, o Supremo Tribunal Federal – STF, julgou cerca de 70.000 (setenta mil) processos, dos mais vários assuntos, no mesmo período, a Suprema Corte América julgo apenas 60 (sessenta) processos. Assim, para cada processo julgado na última instância americana, os ministros brasileiros julgam mais de 1000 (mil processos).

Tal diferença, ocorre devido a rigidez no procedimento para chegar até a Suprema Corte Americana cumulado com a importância dada os precedentes na *Common Law*, aplicada no EUA.

Ademais, o referido filtro ainda permite que os Ministros estadunidenses concentrem suas atenções em casos de grande importância, não tendo que se preocupar com o excesso de demanda.

Vale ressaltar que o filtro para atingir o STF já foi alvo da Emenda Constitucional nº 45, todavia, a referida reforma já se encontra obsoleta para os dias atuais, visto o grande fluxo de causas na Suprema Corte brasileira.

5.5 Reforma institucional do poder judiciário

Atualmente, o trabalho exercido pelos magistrados é árduo e interminável, apenas a título de exposição, cada membro do Poder Judiciário teria julgar 1.085.000 (um milhão e oitenta e cinco mil processos) para cumprir somente os 19.000.000 (dezenove milhões) novos processos do ano de 2015.

Assim, é necessário que o juiz não seja apenas um grande conhecedor do Direito, mas que também seja um exímio gestor, a fim de extrair o máximo de seus colegas e subordinados. Dessa forma, instruir e capacitar os magistrados a fim de transformá-los em grandes gestores é um dos instrumentos para transformação do Poder Judiciário.

Há relatos da aplicação por parte dos magistrados do Fordismo e Toyotismo no âmbito das varas, gerando maior eficiência dos colegas de trabalho.

Tal reforma foi de suma importância para a transformar a Justiça do Reino Unido em uma das melhores da Europa.

5.6 A relativização da fundamentações das decisões

Por fim, quanto as sugestões, tem-se a mais polêmica de todas, sinônimo de crítica para o atual Código de Processo Civil, o qual prevê em seu artigo 489, § 1º, requisitos para considerar uma decisão sejam fundamentadas.

De outro lado, tem-se o Direito Alemão e Americano, o qual prevê a desnecessidade em alguns casos que o magistrado fundamente a sua decisão, como a tutela de direitos disponíveis ou por solicitação das partes em comum acordo.

Relembra-se, quanto esse ponto, o dado supra, no qual um juiz deve julgar cerca de um milhão de processos para apenas julgar a demanda de um ano no Brasil.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, entende-se que apesar de grande número de críticas envolvendo a celeridade processual no Brasil, os dados coletados demonstram que o tempo gasto em âmbito se encontra na média mundial. Entretanto, tal constatação não se mostra um dado positivo, visto que a morosidade processual é um problema global, sendo raros os casos em que o país consegue manter a razoável duração do processo, como a Alemanha e França.

Dessa forma, percebesse que povo brasileiro acaba por confirmar o ditado popular "a grama do vizinho é sempre mais verde", como no caso desta pesquisa, sempre se elogia instituições públicas estrangeiras, porém, se verificou que a maioria das instituições estão nivelados com as do Brasil.

Todavia, a possibilidade de criações e alterações de institutos jurídicos, bem como a reforça institucional do Judiciário podem otimizar a celeridade processual, para que o Brasil consiga atingir níveis de excelência e finalmente alcançar a razoável duração processo.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Edson Rodrigues**. Apelação Civil no Direito Comparado.** Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212260.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BENEDUZI, Renato Resende. **Introdução ao Processo Civil Alemão**, 1ª Ed. Salvador: Juspodium, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016**, Brasília: 2016. Disponível em: <http://cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 04 nov. 2016.

CAPPELLETI, Mauro. **O Processo Civil no Direito Comparado**. São Paulo: Líder, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** 4. ed. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2001.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Código de Processo Civil Italiano**. Campinas: Aga juri, 2000.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil.** Porto Alegre: Síntese.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil Vol. I**, 20ª Ed. Revista e Atualizada, Forense. Rio de Janeiro: 1997.

LEWIS, Ana Mirela da Silva Dantas. **Processo Civil, estatísticas e direito comparado: três sugestões**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,processo-civil-estatisticas-e-direito-comparado-tres-sugestoes,54209.html>. Acesso em: 04 nov. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Luiz Guilherme, **O Processo Civil Frances**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – Edição Comemorativa**. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: <http://publicacao.mprj.mp.br/rmprj/rmp_comemorativa>.

NUNES, Dierle**. O código de processo civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma.** Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242945>. Acessado em: 04 nov. 2016.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Breves considerações sobre os efeitos dos recursos.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo _id=7366>. Acesso em: 04 nov. 2016.

SILVA, Rosana Josefa Martins Dias Bizarro Borges Cardoso da. **Efetividade da Tutela Executiva Defensiva: Enfoque Comparado.** Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/FMJRJ/coordenadoria_pesq/Revista_CADE/CA DE_8/tutela.doc>. Acesso em: 04 nov. 2016.

CAPÍTULO 13

ANÁLISE ECONÔMICA DAS REGRAS E PRINCÍPIOS NO AMBIENTE COMERCIAL INTERNACIONAL: INTERPRETAÇÃO DE CONTRATOS SEGUNDO A CISG A PARTIR DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Data de aceite: 25/03/2021

Antônio Alves Pontes Trigueiro da Silva

RESUMO: Diante das situações inconstantes no cenário internacional, bem como inúmeros riscos imprevisíveis do mercado, é possível verificar, durante a fase pré-contratual e na seara de decisões arbitrais, a opção por métodos que giram em torno da Teoria dos Custos de Transação, corrente em que se analisa todos os possíveis custos e incertezas que envolvem a estipulação de um contrato. Assim, buscou-se compreender o comportamento de tais diferenças a partir de uma visão neopragmatista (guardadas as devidas críticas ao uso do termo), em consonância com o método abdutivo de Peirce, analisando a construção e comportamento de sistemas legais pelo viés analítico-econômico do Direito, buscando verificar as vantagens e desvantagens da adoção de sistemas baseados em *rules* ou *standards* – ainda levando em consideração parâmetros de natureza social, filosófica e cultural. Para tanto, tomou-se como referenciais teóricos as visões de Richard Posner e Hans Bernd Schäfer acerca da Análise Econômica do Direito e da dicotomia regras *versus* princípios. Nesse contexto, observa-se uma tendência do judiciário brasileiro em recorrer ao maior uso dos princípios como fonte principal nas decisões de caráter dificultoso, numa clara corrente de ampliação do ativismo judicial no país – ainda tensionado pelo grande e custoso lastro legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Regras, princípios, CISG, contratos, boa-fé.

ABSTRACT: In view of the changing hypotheses in the international scenario, as well as countless improbable laughs in the market, it is possible to verify, during a pre-contractual phase and in the field of arbitration decisions, the option for methods that revolve around the Theory of Transaction Costs, which are analyzes all possible costs and uncertainties that involve the stipulation of a contract. Thus, we sought to understand or be aware of such differences from a neopragmatist point of view, in line with Peirce's abductive method, analyzing the construction and behavior of legal systems through the analytical bias of Law, seeking to verify the advantages and disadvantages through the adoption of systems based on rules or standards - still taking into account parameters of a social, philosophical and cultural nature. To do so, take as a theoretical framework the views of Richard Posner and Hans Bernd Schäfer on the Economic Analysis of Law and the dichotomy of rules versus principles. In this context, there is a tendency for the Brazilian judiciary to resort to the greater use of principles as the main source in decisions of a difficult nature, in a clear current of amplification of judicial activism in the country - still tensioned by the large and costly legislative board.

KEYWORDS: Rules, principles, CISG, contracts, good faith.

INTRODUÇÃO

A segurança jurídica e econômica são parâmetros incondicionais no pacto contratual, principalmente quando envolvem transações internacionais, momento em que, por vezes, há visões diametralmente opostas – culturas ou sistemas legais de tradições distintas – estabelecendo uma negociação.

Na contramão dessa via, o Brasil adotou a Convenção Internacional de Compra e Venda – CISG -, sistema de regras específicas, como norma basilar dos contratos internacionais a serem celebrados com o país, bem como ser a norma recorrida em caso de conflito na seara internacional, em contraponto ao sistema anteriormente adotado, baseado em *soft laws,* que era regulado pelo UNIDROIT.

Diante desta modificação, partiu-se para compreensão dos possíveis impactos causados pela incorporação da CISG nas negociações brasileiras, observando comparadamente o comportamento comercial de outros países já submetidos à Convenção de Viena, como também é chamada. Para tanto, escolheu-se o princípio da boa-fé objetiva como instituto específico a ser analisado, dada a falta de consenso em torno de sua conceituação e aplicação, contemplando a visão interna brasileira em comparação com as interpretações sobre o instituto, também abarcado pela CISG, em outros países.

Tal análise se deu a partir de decisões arbitrais envolvendo contratos internacionais, quando se debruçou sobre situações envolvendo negociações comerciais, por meio da base de dados UNILEX, observando assim casos em que a boa-fé fora aplicada como parâmetro de interpretação de contratos, como princípio geral da convenção, e como regra de comportamento entre os contratantes durante as negociações e na fase de execução dos contratos.

Objetivou-se, assim, traçar um perfil em torno das potencialidades comerciais do Brasil diante desta nova realidade no cenário mercadológico externo. Mediante as recentes crises internacionais, principalmente no que tange ao aspecto mercadológico intercontinental, observa-se uma necessidade de se compreender estes fenômenos e formar modelos práticos – por meio da pesquisa acadêmica e profissional – para que se evitem novas crises, seguindo, portanto, um caminho inverso, ou seja, a prevenção antes do mero combate.

Observando, principalmente, a montanha-russa que o Brasil é atualmente no cenário comercial, e sendo aquele bastante observado no mercado internacional, devido às boas possibilidades econômicas do país, é de grande relevância o crescimento de estudos científicos em torno desta temática e contemplar as viabilidades econômicas deste continente-país famoso pelos alarde que dá ao promover saltos econômicos típicos de praticantes da patinação no gelo: por vezes esplendorosos, mas que gravitacionalmente retorna ao solo e permanece patinando.

O instituto da boa-fé objetiva em contratos de natureza internacional apresenta

diferentes perspectivas conceituais, e, dessa forma, a presente pesquisa debruçou-se sobre decisões arbitrais envolvendo a Convenção Internacional de Compra e Venda – CISG -, que fora recentemente adotada pelo Brasil. A norma supramencionada segue os preceitos de uma legislação pautada em regras específicas, e, por isso, causa uma virada no sentido em que o próprio país vinha construindo, ou seja, de optar cada vez mais por normas mais abrangentes em prol de um maior empoderamento dos juízes por meio do crescimento do ativismo judicial.

Assim, a partir dos ensinamentos em torno do (neo) pragmatismo, aliados à visão criativa empregada pelo método abdutivo de Peirce, observou-se, num primeiro momento as teorias e consequências em torno da dicotomia *rules vs. standards* a partir da Análise Econômica do Direito. No que tange à abdução, compreende-se o objeto como um todo, sendo a abdução compreendida como um ponto de partida, buscando visualizar o *post final*, o que pode acontecer mediante o acontecimento dos resultados possíveis.

A abdução ainda possibilita a criatividade, pois não se preocupa em comprovar a mera verdade, ou apenas entender a origem de um fenômeno, mas observar holisticamente as possibilidades em torno daquele fato, partindo-se de uma premissa que já se inicia passível de falha, com hipóteses supostas, raciocinando de trás para frente. Nóbrega[1] afirma que “a abdução é, assim, uma forma de inferência ou método de obter a premissa menor a partir da premissa maior e da conclusão”, diferenciando-se da indução e da dedução que buscam a premissa maior e a conclusão, respectivamente.

Neste diapasão, Posner[2] apresenta o pragmatismo como uma corrente que não se constrói em cima da própria comprovação da verdade, mas no que se acredita e atende as necessidades sociais. Deste modo, sua compreensão sobre o Direito se pautará na observação das melhores consequências dos possíveis resultados que aquele determinado fato pode promover.

Assim, partindo-se da compreensão dos ensinamentos de Peirce, observa-se a dicotomia entre países cuja tradição tende a optar pela aplicação de princípios, em contraposição a outros que adotam um sistema mais voltado para super-legislação, ou seja, uso de regras específicas, havendo maior emprego de custos com a criação de leis. Schafer, sobre a temática, discorre que o uso de normas mais precisas em países economicamente pobres se consubstanciaria mais vantajoso, haja vista que demorar-se-ia menos para se chegar a uma decisão, bem como diminuiria os problemas com corrupção.

Diante deste panorama, em observância com a realidade brasileira, o país recentemente adotou a Convenção Internacional de Compra e Venda – CISG – como instrumento a ser contemplado em suas negociações privadas internacionais. A Convenção

1 NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **A Abdução e a retórica especulativa de Peirce: uma Lógica para investigação das consequências no Direito**. Pragmatismo Jurídico: Fundamentos e Métodos de uma doutrina inter-disciplinar (estudos em homenagem ao Prof. George Browne Rego). Organizadores: Bastos, Ronaldo; Falcão, Clóvis Marinho de Barros; Nóbrega, Flavianne F. Bitencourt. Recife: Editora UFPE, 2014. p. 313-344.

2 “The pragmatism’s real interest is not in truth at all, but in belief justified by social need”. **What has pragmatismo has to offer law?** POSNER, Richard. University of Chicago Law School. Journal Articles. p.1656.

de Viena, como também é chamada, foi aprovada com unanimidade em 1980, sendo compreendida como uma das normas mais uniformes no que tange às transações mercantis[3]. Passou a entrar em vigor a partir de 1988, e trouxe consigo possibilidade de maior segurança jurídica, quebra de barreiras culturais e menores custos de transação[4].

Por fim, vislumbrou-se compreender como a CISG vem sendo aplicada internacionalmente para traçar um panorama acerca das possibilidades do Brasil mediante esta nova realidade, analisando, especificamente, como atua o princípio da boa-fé objetiva em contratos de natureza transnacional abarcados pela CISG, buscando visualizar como a interpretação do instituto é aplicada nas sentenças arbitrais, haja vista que a recente adoção desta norma pelo Brasil traz expectativas de crescimento competitivo do país no mercado externo.

O PRAGMATISMO ENQUANTO MECANISMO METODOLÓGICO PARA COMPREENDER A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

A priori, procederam-se leituras em torno do marco teórico da Análise Econômica do Direito (AED), buscando traçar paralelo com o ambiente comercial internacional, destarte a revisita à conceitos tradicionais do Direito Internacional Privado. No que tange à AED, estabeleceu-se como introdutório aos conceitos ínsitos desta, o pragmatismo jurídico de Charles S. Pierce. Em seu texto “How to make our ideas clear”[5], Pierce compreende que a realidade se consubstancia como algo independente do que os homens possam pensar sobre ela. Neste escopo, acreditava que não seria concebível acreditar um homem para afirmar uma posição, deveria negar outra. Assim, define como real aquilo cujas características independem daquilo que quaisquer pessoas possam pensar o que é.

Para Peirce, o pragmatismo seria um método de clarificação de ideias. Há uma fusão entre a premissa maior e a conclusão, buscando encontrar a premissa menor. Assim, há a possibilidade de um raciocínio criativo, a partir da compreensão do objeto pela observação abdutiva. Pelo método abdutivo, é possível compreender o Direito no âmbito da descoberta, atuando como um ponto de partida que auxilia a compreensão do objeto a partir da observação das razões que envolvem a decisão[6].

---

3 *“The adoption of the CISG provides modern, uniform legislation for the international sale of goods that would apply whenever contracts for the sale of goods are concluded between parties with a place of business in Contracting States. In these cases, the CISG would apply directly, avoiding recourse to rules of private international law to determine the law applicable to the contract, adding significantly to the certainty and predictability of international sales contracts”.* Texto extraído de nota explanatória publicada no site UNCITRAL acerca da CISG. Disponível em: < http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html>. Acesso em 20 set. 2020.

4 HONNOLD, John. O. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd edition, 1999, p.4, *apud* publicação no site da CISG-Brasil. Disponível em: < http://www.cisg-brasil.net/a-cisg>. Acesso em 20 set. 2020.

5 PIERCE, Charles Sanders. **How to make our ideas clear**. Texto publicado em Philosophical writings of Peirce. Org. Justus Buchler. New York: Dover Publication, 1955.

6 “*A importância da abdução no processo de descoberta na investigação científica envolve também a elaboração de hipóteses e conjecturas com a finalidade de economizar a pesquisa. Isso é possível porque a advinhação (guess) que*

Posner[7] perfaz a ligação entre o pragmatismo e suas aplicações no universo jurídico. Estaria então o pragmatismo interessado na consecução das necessidades sociais, e não necessariamente numa busca pela verdade. Diante disto, evidencia que tal corrente seria dotada de três elementos essenciais: desconfiança de entidades metafísicas, estabelecer proposições para serem testadas por suas consequências, e insistência em julgar os projetos enquanto científicos, éticos, políticos ou legal, pela conformidade social ou necessidades humanas objetivas. Para Posner, o pragmatismo se comportaria "como um poderoso antídoto"[8] contra o formalismo, sendo este promotor de uma análise superficial, tratando-se de uma aplicação de uma lei correta, comportando-se as demais como incorretas.

Assim, há uma preocupação do pragmatista em compreender quais os resultados esperados das consequências e suas diferenciações, para assim fundamentar sua decisão. Diante deste quadro, Posner conclui que é possível o diálogo entre a Análise Econômica e o Direito, não necessariamente atuam como uma consequência do pragmatismo, porém se apresentam como institutos absolutamente compatíveis.

Acerca da construção da ponte que liga a Economia e o Direito, partiu-se para compreensão de institutos específicos do universo jurídico a partir dos métodos advindos da Análise Econômica. Observou-se, então, a análise da dicotomia *rules vs. standards*, com base nos estudos de Hans Bernd Schäfer.

O primeiro compreende que a escolha entre um sistema legal em detrimento de outro se relaciona com os custos empregados na criação das normas. Schäfer[9] compreende que nos países em desenvolvimento há uma tendência substancial em haver atrasos nas decisões finais, aumentando consideravelmente os custos na resolução dos conflitos. Ademais, há riscos iminentes de se encontrar decisões influenciadas por corrupção.

Neste escopo, sugere então que o uso de *rules* pode ser mais adequado, pois haveria menos interferência no âmbito das decisões, bem como regras mais específicas podem auxiliar na diminuição da discricionariedade, ou seja, deixando menos espaço para atos de corrupção. De outro lado, observa-se que em países tidos como desenvolvidos poderiam adotar com maior facilidade regras de natureza mais ampla, *standards*, haja vista que encontram menores problemas sociais, e sistema judiciário mais estruturado, com vistas a otimizar os custos com a produção de normas.

A partir da compreensão do que fora descrito acima, partiu-se para observação

---

tem lugar no raciocínio abdutivo não é aleatória, pois é provocada por um problema real (dúvida), suscitado pela experiência". NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **A Abdução e a retórica especulativa de Peirce: uma Lógica para investigação das consequências no Direito**. Pragmatismo Jurídico: Fundamentos e Métodos de uma doutrina interdisciplinar (estudos em homenagem ao Prof. George Browne Rego). Organizadores: Bastos, Ronaldo; Falcão, Clóvis Marinho de Barros; Nóbrega, Flavianne F. Bitencourt. Recife: Editora UFPE, 2014, p.320.

7 POSNER, Richard. What has Pragmatism to offer law? In: **Pragmatism in Law and Society**. Boulder: Westview Press. p.1656.

8 _______________, p. 1663.

9 SCHÄFER, Hans Bernd. **Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have More Rule Based Legal System?** German Working Papers in Law and Economics. Vol. 2001. Paper 20. 2001. p.5.

das hipóteses envolvendo os casos concretos levados a Tribunais Arbitrais Internacionais, contemplando as questões em torno das *rules* características da CISG, e da aplicação de *standards* do UNIDROIT, especificamente, no que tange à boa-fé objetiva, que está prevista no Art. 7° da Convenção de Viena. Assim, foi possível traçar qual o perfil internacional em torno da temática e visualizar as possibilidades do mercado externo brasileiro diante de tal cenário.

A priori, é possível observar que não necessariamente uma opção por um sistema legal baseado em regras específicas é capaz de solucionar as inconsistências ou minorar custos operacionais, haja vista o modelo brasileiro, de tradição civilista e cujo lastro legislativo é bastante extenso. Ademais, nitidamente, o Brasil enfrenta sérios problemas com morosidade. Atualmente, nota-se uma tendência do país recorrer, em suas decisões judiciais, aos princípios.

Neves[10] se posiciona, inclusive, contrariamente ao uso exarcebado de princípios, demonstrando preocupação, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro, manifestadamente acolhe os princípios como forma de locupletamento de lacunas em terceiro de grau, ou seja, posteriormente à analogia e aos costumes. Inverte-se essa lógica, priorizando os princípios em contraposição ao sistema adotado no país, de regras específicas.

Assim, ainda que o sistema judicial pautado em regras específicas apresente falhas – dando ensejo à morosidade e aumento de custos -, entende-se que a mudança de caráter ativista no sentido da corrente, retirando o caráter subsidiário de aplicação de princípios e elevando-os à figura de chave-mestra, pode levar a uma diminuição na qualidade das decisões, bem como promover consequências desastrosas para o judiciário[11].

Na contramão desta via, o Brasil resolveu adotar em 2013 a Convenção Internacional de Compra e Venda – CISG – como instituto responsável por reger as transações transnacionais do país, possibilitando maior segurança jurídica e competitividade perante outros países adotantes da mesma Convenção.

Diante desta nova realidade, é importante observar as características ínsitas aos contratos, bem como os institutos que os permeiam, revisitando conceitos e a visão econômica destes. Sztajn e Zylbersztajn[12] indicam que a essência econômica do contrato é a promessa, otimizando os custos e buscando a diminuição dos riscos. Ainda trazem a ideia de contrato mediante a Economia das Organizações, cujo seria justamente um

---

10 NEVES, Marcelo**. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal.** Texto publicado na Revista Consultor Jurídico em 27 out. de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal> Acesso em 15 mar 2015.

11 "*A escolha por normas jurídicas mais vagas e abertas, como standards, deve vir associada com a consideração de seus custos e benefícios. Antecipadamente standards ou regras não são melhores ou piores, mas podem funcionar de modo mais eficiente em determinados contextos*". NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em Standards: uma análise econômica da boa-fé objetiva**. Economics Analysis of Law Review. Brasília: 2012. p.186.

12 AZEVEDO, Paulo Furquim de; SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. **Economia dos Contratos.** In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. (Org.). Direito & Economia. Rio de Janeiro-RJ, 2005, v. 1, p. 109.

mecanismo de coordenação de transações, promovendo incentivos para os agentes atuarem coordenadamente.

Sztajn e Zylbersztajn[13] trazem também a teoria contratual na AED, observando que o objetivo central desta seria a de preconizar a cooperação entre os agentes, transformando o que antes era de difícil solução, em algo passível de ser solucionado. Observa-se que o contrato reveste-se de inúmeras conceituações, contudo, é passível que se trata de um instrumento de natureza privada capaz de estabelecer elos oceânicos em prol da concretização de seu objeto mediante adimplemento.

Em torno da possibilidade de quebra contratual, Polinsky[14] traz em seu trabalho estudos sobre instrumentos que poderiam atuar como remédios para compensar os danos advindos da quebra, que seriam a expectativa de danos, a confiança do dano e a restituição de danos. Cada mecanismo traz em sua especifidade a tentativa de se evitar maiores danos caso ocorra a chamada *breach of contract*. Contudo, tais remédios não representam plena eficiência, e devem ser contemplados em cada caso e vislumbradas suas consequências.

ANÁLISE DA BOA-FÉ NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS COM BASE NA CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE COMPRA E VENDA

Partindo destas observações, a análise do instituto da boa-fé nas relações negociais guarda respaldo intrigante. Trata-se de um princípio consagrado tanto nas recomendações do UNIDROIT, como é previsto objetivamente na CISG, em seu Art. 7°. Ademais, guarda conceituações multifacetadas, quando se parte para analisar tal instituto no âmbito das legislações internas.

Diante de tal dificuldade, tomou-se por base o conceito estabelecido por Schäfer e Aksoy[15], haja vista a relação com a pesquisa aqui apresentada, seguindo os preceitos de *Law and Economics*. A boa-fé se comportaria como uma cláusula de comportamento, a definir como as parte devem agir. Assim, se A negocia com B, espera-se de A um comportamento minimamente proporcional ao comportamento de B, dentro do que se espera em termos de adimplemento da obrigação firmada. Contudo, seguir tal raciocínio não implica abrir mão de outros conceitos, numa referência ao pensamento pierciano.

Um exemplo é a recente modificação de entendimento no Canadá, quando no caso

---

13 AZEVEDO, Paulo Furquim de; SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. **Economia dos Contratos.** In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. (Org.). Direito & Economia. Rio de Janeiro-RJ, 2005, v. 1, p. 112.

14 POLINSKY, A. Mitchell. **An introduction to Law and Economics**. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 30.

15 *"Good faith is a blanket clause in civil law under which courts develop standards of fair and honest behavior in the law of obligations, especially in contract law and – to some extent – in the law of property. Courts also define legal consequences resulting from the violations of such standards, such as reliance damages, expectation damages, injunction, imposing a duty of conduct and invalidation or validation of a contract. The good faith principle entitles a court to narrow down the interpretation of statutes or contracts and even to deviate from codified rules, from the wording in the law or the contract or to fill gaps. Courts use it as a last resort, if and only if the contract itself or the rules of contract law lead to grossly unfair results"*. SCHÄFER, Hans Bernd. AKSOY, Hüseyin Can. Good Faith. Texto publicado na Social Science Reserach Netwook em 10 set. 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2495312> Acesso em 16 mar. 2015.

Bhasin v. Hrynew[16] se deu duas novas interpretações à aplicação do princípio, inicialmente tendo-o como um princípio geral organizador, mas não permitindo que aquele assumisse status capaz de intervir judicialmente nos contratos, e num segundo momento, entendendo que o princípio não se aplica às negociações preliminares.

Pesquisou-se junto à base de dados UNILEX, decisões internacionais arbitrais em que a boa-fé fora utilizada em algum momento como recurso interpretativo, princípio ou regra de comportamento.

Em janeiro de 1997, houve uma decisão arbitral da ICC Court or Arbitration em Paris[17], envolvendo um vendedor alemão e um comprador espanhol cujo objeto do contrato girou em torno de peças de equipamentos industriais. Foram firmados inúmeros contratos individuais de compra e venda entre os negociantes, contudo, quatro anos após o início das transações, o vendedor alemão informa ao comprador espanhol que devido à insuficiência de vendas, iria vender na Espanha através de outra empresa que recentemente havia surgido.

Por consequência da quebra contratual, o comprador se negou a pagar por algumas entregas, e assim, o vendedor deu entrada em procedimento arbitral para solucionar o conflito. O comprador alegou danos a partir da quebra de exclusividade do distribuidor e falta de conformidade e entrega de alguns produtos. O árbitro individual, *in casu*, estabeleceu que o princípio da boa-fé seria aplicável na interpretação da CISG somente no que tange à obrigatoriedade de prestar as peças de reposição para o comprador.

Observando outra decisão envolvendo a boa-fé, a Câmara de Comércio e Indústria Húngara[18] pugnou pela observância do princípio não apenas no âmbito da interpretação, mas como padrão a ser observado pelas partes na fase de execução do contrato. No caso em questão, um vendedor húngaro e um comprador austríaco possuíam uma longa relação comercial envolvendo a entrega de cogumelos. Até que em um determinado momento, o vendedor iniciou a entrega dos produtos, contudo, o comprador não efetuou o pagamento devido.

Assim, o vendedor suspendeu a execução das entregas e declarou a resolução do contrato. Após isto, entraram em acordo para retomar as entregas mediante o comprador fornecer garantia exigida para pagamento do contrato. Contudo, apesar do comprador fornecê-la, ele o fez fora do prazo anteriormente estipulado, não sendo, portanto, válida mais. Iniciou-se, então, a disputa arbitral entre as partes, que culminou com o pagamento dos cogumelos entregues.

---

16 RODRIGUES, Otávio Luiz. **Suprema corte do Canadá muda entendimento sobre boa-fé**. Texto publicado na Coluna Direito Comparado do portal Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-31/direito--comparado-suprema-corte-canada-muda-entendimento-boa-fe>. Acesso em 17 mar. 2015.

17 Good Faith as aid in interpretation of Convention. Case number 8611/HV/JK. ICC Court of arbitration-Paris. Parties W. vs. R. Disponível em: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=229> Acesso em 10 jun.2020.

18 Good faith as a rule governing parties' behavior in performance of the contract. Case number: VB/94124. Hungarian Chamber of Commerce and Industry Court of Arbitration. Disponível em: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=-case&id=217&step=Abstract> Acesso em 10 jun.2020.

Como princípio geral da convenção, a boa-fé foi observada no caso analisado pela Corte Oberlandesgericht Naumburg. Tratava-se de uma negociação envolvendo o fornecimento de papoula para ser usada na produção de produtos de panificação realizada entre um vendedor alemão e um comprador suíço. Logo no início das transações, o comprador constatou que as sementes não apresentavam boa qualidade e após análises laboratoriais, constatou-se que não seriam comercializáveis.

Diante disso, o comprador reclamou danos em primeira instância, que indeferiu o pedido. Em sede de apelação, a decisão foi revertida, aplicando a CISG como norma a ser observada, contemplando ser contrário ao Art. 7° (1), ou seja, à boa-fé, se o declarante tivesse falhado em adotar as etapas suficientes para tornar o acesso às normas relativas ao caso possível. Assim, o Tribunal deu seguimento à ação e reconduziu o caso a primeira instância para análise.

CONCLUSÕES

O comércio privado exterior se referenda como um universo intrigante e dotado de multifaces. Ao se compreender os fenômenos envolvendo as negociações internacionais, um país pode montar estratégias e estabelecer caminhos para impulsionar o seu mercado, bem como tornar-se mais competitivo. Demonstrar segurança jurídica e consistência legal para outros países são elementos fundamentais para conquistar espaço.

O Brasil enfrenta, nas duas últimas décadas, crises econômicas que não poderiam passar despercebidas por este trabalho, cujo escopo se funda na compreensão da realidade do mercado externo e das possibilidades do país mediante uma mudança paradigmática no sentido de abraçar uma legislação mais específica em detrimento de normas de caráter principiológico, numa clara tentativa de fortalecer o país no cenário externo. A desconfiança do mercado no comércio brasileiro evidencia o quanto tais normas podem favorecer as negociações e garantir a segurança aos contratantes.

A compreensão da realidade pesquisada observando as consequências dos resultados traz a possibilidade se fazer uma análise para além do pragmatismo, mas uma análise preventiva dos custos de transação, podendo, inclusive, evitar danos com riscos desnecessários. Conforme Prates[19] deve-se dar maior atenção às consequências de uma crise financeira, para que se evitem novas crises.

A boa-fé objetiva referenda-se como um instituto de difícil aglutinação de interpretações, o que denota a dificuldade de se ter um sistema internacional uno e completo em torno de negociações de compra e venda. Observou-se, durante a pesquisa, que tal princípio se transmuta, e está em constante mudança de significação. Contudo, a CISG se

19 "*What we propose is that more attention should be given to the consequences of financial crises, not to their causes. We really believe that regulators should not worry too much about why the last financial crisis happened. Instead, they should try to learn how to minimize the consequences of a new crisis*". PRATES, Marcelo Madureira. Why Prudential Regulation Will Fail to Prevent Financial Crises. A Legal Approach. Texto publicado na Revista do Banco Central do Brasil, n°.335, 2013. Disponível em: < http://www.bcb.gov.br/pec/wps/ingl/wps335.pdf> Acesso em 21 jun. 2020.

referenda como um dos textos mais completos e talvez por isso seja uma das convenções mais bem-sucedidas no âmbito do Direito Internacional Privado – ainda que enfrente claras dificuldades de aplicação em alguns casos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Paulo Furquim de; SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. **Economia dos Contratos.** In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. (Org.). Direito & Economia. Rio de Janeiro-RJ, 2005, v. 1, p. 102-136.

BARBOSA, Daniel; MARTINI, Pedro. **Competir pela Prática e Praticar para Competir: o Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot.** Artigo publicado pela CISG – Brasil em seu portal. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/dbarbosa1.pdf>. Acesso em 27 mar. 2020.

Good Faith as aid in interpretation of Convention. Case number 8611/HV/JK. ICC Court of arbitration-Paris. Parties: W. vs. R. Disponível em: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=229> Acesso em 10 jun.2020.

Good faith as a rule governing parties' behavior in performance of the contract. Case number: VB/94124. Hungarian Chamber of Commerce and Industry Court of Arbitration. Disponível em: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=217&step=Abstract> Acesso em 10 jun.2020.

HONNOLD, John. O**. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**, 3rd edition, 1999, p.4, *apud* publicação no site da CISG-Brasil. Disponível em: < http://www.cisg-brasil.net/a-cisg>. Acesso em 20 set. 2020.

LOREZEN, Marcelo Boff; DOGANOLVA, Iula. **O Brasil e a Adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadoria**. Artigo publicado na Revista Fórum CESA, ano 4, n.º 10, jan./mar. 2009, p. 46-61 (classificado em primeiro lugar no Concurso de Monografias do CESA. Disponivel em < http://www.cisg-brasil.net/doc/idolganova1.pdf>. Acesso em: 29 mai 2020.

NEVES, Marcelo. **Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal.** Texto publicado na Revista Consultor Jurídico em 27 out. de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal> Acesso em 15 mar 2020.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **A Abdução e a retórica especulativa de Peirce: uma Lógica para investigação das consequências no Direito**. Pragmatismo Jurídico: Fundamentos e Métodos de uma doutrina interdisciplinar (estudos em homenagem ao Prof. George Browne Rego). Organizadores: Bastos, Ronaldo; Falcão, Clóvis Marinho de Barros; Nóbrega, Flavianne F. Bitencourt. Recife: Editora UFPE, 2020. p. 313-344.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em Standards: uma análise econômica da boa-fé objetiva**. Economics Analysis of Law Review. Brasília: 2012. p. 170-188.

PIERCE, Charles Sanders. **How to make our ideas clear**. Texto publicado em Philosophical writings of Peirce. Org. Justus Buchler. New York: Dover Publication, 1955.

POLINSKY, A. Mitchell. **An introduction to Law and Economics**. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 29-42.

POSNER, Richard A.; EHRLICH, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, Vol. 3, No. 1, Jan., pp. 257-286, 1974.

POSNER, Richard. What has Pragmatism to offer law? In: **Pragmatism in Law and Society**. Boulder: Westview Press.

PRATES, Marcelo Madureira. **Why Prudential Regulation Will Fail to Prevent Financial Crises**. A Legal Approach. Texto publicado na Revista do Banco Central do Brasil, n°.335, 2013. Disponível em: < http://www.bcb.gov.br/pec/wps/ingl/wps335.pdf> Acesso em 21 jun. 2020.

SCHÄFER, Hans Bernd. AKSOY, Hüseyin Can. **Good Faith**. Texto publicado na Social Science Reserach Netwook em 10 set. 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2495312> Acesso em 16 mar. 2020.

SCHÄFER, Hans Bernd. **Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have More Rule Based Legal System?** German Working Papers in Law and Economics. Vol. 2001. Paper 20. 2001. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=999863>. Acesso em 23 nov. 2020.

CAPÍTULO 14

REGULAMENTAÇÃO DE CRIPTOATIVOS: UM PANORAMA DO ARCABOUÇO REGULATÓRIO BRASILEIRO PARA O ATUAL CENÁRIO CRIPTOECONÔMICO

Data de aceite: 25/03/2021
Data de submissão: 14/01/2020

Jon Lenon Bica Duarte
Universidade Feevale
Novo Hamburgo/RS
http://lattes.cnpq.br/4776882521428020

RESUMO: A adaptação do direito às complexidades sociais sempre foi sua premissa básica. Dentro da temática do direito digital, os criptoativos chegaram aos ordenamentos jurídicos sem sobreaviso, sem qualquer regulação. Nesse contexto, o objetivo deste artigo é apresentar a atual situação regulatória dos criptoativos no mundo, com enfoque no cenário criptoeconômico brasileiro, além de, na medida do possível, analisar a viabilidade de implementação do *sandbox* regulatório. Notou-se, por conseguinte, que o Brasil apresenta um arcabouço regulatório robusto em desenvolvimento e legislações tributárias redigidas de forma a receber da forma em que estão os criptoativos, além de ter o *sandbox* como instrumento regulatório alternativo pronto para utilização. Dessa forma, o Brasil se apresenta como um país prestes a subir ao nível dos países com regulamentações completas, ao lado da Ilha de Malta e da Singapura. Tais resultados permitem perceber promissor o cenário criptoeconômico brasileiro, cujas discussões inevitavelmente continuarão, e fomentar o debate no âmbito acadêmico e profissional, contribuindo com o avanço inexorável do direito digital.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Digital. Criptoativos. Criptoeconomia. Regulamentação. *Sandbox* Regulatório.

CRYPTO ASSETS REGULATION: A PANORAMA OF THE BRAZILIAN REGULATORY FRAMEWORK FOR THE CURRENT CRYPTOECONOMIC SCENARIO

ABSTRACT: Adapting the law to social complexities has always been its basic premise. Within the thematic of digital law, cryptography reached the legal systems without warning, without any regulation. In this context, the objective of this article is to present the current regulatory situation of crypto assets in the world, focusing on the Brazilian crypto-economic scenario, in addition to, as far as possible, analyzing the feasibility of implementing the regulatory sandbox. It was noted, therefore, that Brazil has a robust regulatory framework under development and tax laws written in order to receive the form in which crypto are, in addition to having the sandbox as an alternative regulatory instrument ready for use. In this way, Brazil presents itself as a country about to rise to the level of countries with complete regulations, alongside the Island of Malta and Singapore. These results allow us to perceive the Brazilian crypto-economic scenario as promising, whose discussions will inevitably continue, and to foster debate in the academic and professional fields, contributing to the inexorable advance of digital law.

KEYWORDS: Digital Law. Crypto asset. Crypto economy. Regulation. Regulatory Sandbox.

1 | INTRODUÇÃO

A adaptação do direito às complexidades sociais sempre foi sua premissa básica. Desde a invenção do telefone, passando pelos computadores, até a popularização da Internet, a revolução tecnológica acontece diariamente. No fervor dessa revolução surgiram no início dos anos 90, os Cypherpunks, cujas principais preocupações eram a liberdade individual, a privacidade e a anonimidade. Dessa filosofia, visando à retirada do Estado das relações privadas, surgiu, em 2009, a primeira criptomoeda - o Bitcoin -, criada por Satoshi Nakamoto - codinome virtual do real criador dessa inovadora tecnologia. A inovadora tecnologia inspirou diversos programadores e economistas à criação de outros criptoativos, existindo atualmente mais de 8000 criptoativos. A popularização dessas moedas não parou e tal crescimento chegou aos ordenamentos jurídicos sem que pudesse haver qualquer regulação a respeito. Atualmente os criptoativos possuem diversos tratamentos nos diferentes países, passando por políticas restritivas ou liberais. Alguns países já buscam uma regulação mais específica, enquanto outros apenas permitem que a economia aconteça, ainda há aqueles que a proibiram. Outros focaram a atenção nas alternativas regulatórias como o *sandbox*, em vez da legislação comum.

2 | EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DINHEIRO

A controvérsia do tema regulamentação de criptoativos gera discussões relevantes para o futuro do direito. Desse modo a evolução do uso do dinheiro nas relações sociais até a chegada das tecnologias que constituem os ativos digitais precisa ser brevemente explicada.

O dinheiro sempre foi conhecido como meio de troca universalmente aceito. Desde 9000 a.C. o homem realiza trocas, pois reconhece o valor de outras necessidades da vida, além daquelas que ele mesmo pode produzir. Nesse sentido o dinheiro como conhecemos hoje é muito diferente do que já foi. Passaram pela história a permuta, a moeda mercadoria, as moedas metálicas surgidas na China em 1000 a.C. e as moedas metálicas cunhadas surgidas no Reino da Lídia (atual Turquia). As moedas foram utilizadas primordialmente por sua facilidade, entretanto novamente na China, entre 970 e 1270, foi criado o primeiro papel moeda, denominado moeda escritural. Posteriormente passou-se a cunhá-las em metais não preciosos e cédulas de baixíssimo valor. A partir de 1800 começou-se a se estabelecer sistemas financeiros, com lastro em ouro e prata. Em 1900 o padrão ouro chegou aos EUA, juntamente com o *Federal Reserve*. Já em 1920 os Estados Unidos já emitiam moeda sem lastro em qualquer metal, ou seja, circulavam com base na confiança (fidúcia), sendo chamadas de moedas fiduciárias. Em seguida a Grande Crise de 1929 desvalorizou o

ouro, rompendo a relação entre ele e a moeda corrente completamente e apresentando ao mundo a necessidade de uma regulação monetária internacional. Na Europa, iniciou-se o processo de confluência monetária em busca de nova padronização, tal processo era a tentativa de criação do bloco econômico europeu, visando à unificação monetária.

Percebe-se, então, que as moedas passaram por crises que as fizeram evoluir, assim como os sistemas monetários, evoluindo até o alcance inerente em nossas vidas, tornando-se o instrumento mais importante das relações sociais contemporâneas.

2.1 Revolução econômico-tecnológica

Entendendo a evolução do dinheiro, percebe-se que os atuais sistemas financeiros já não mais se sustentam, pois as moedas são colocadas e retiradas de circulação para ajustes econômicos e trocadas quando a economia colapsa. Quando os bancos centrais nacionalizaram as moedas e implementaram o sistema fiduciário, o sistema monetário começou a se corromper devido ao controle de depreciação, inflação, protecionismo e zonas cambiais. A utilização nefasta das moedas para financiar a primeira guerra mundial, fez com que emergissem pensadores que se opunham ferrenhamente à habitual forma de utilização dos recursos. Intelectuais de todo o mundo, travaram uma batalha em direção à reforma dessas políticas. Tais economistas predisseram o que aconteceria caso a ascensão do estado leviatã não fosse barrada. E assim aconteceu, ciclos econômicos se criaram, inflações exorbitantes e o controle total das moedas nas mãos de um estado protecionista contribuíram para quebras de economias. Essas catástrofes, apesar de aterrorizantes, incentivavam a buscar uma reforma político-econômica e jurídico-social. Diversas ideias foram formuladas, mas o desinteresse dos governos e dos bancos – beneficiários do sistema – não permitiram que a empreitada seguisse.

Diante disso, um grupo de libertários, denominados cypherpunks, visando à proteção da liberdade individual, começou a interagir com a criptografia, utilizando-a como arma secreta. Assim a união da criptografia com a internet foi capaz de instituir um novo legado de proteção às liberdades individuais, à soberania, além de propiciar a solidariedade entre grupos rumo à emancipação global. Ao somar essa nova forma de enxergar e refletir sobre o mundo à busca dos economistas por uma nova teoria monetária e a possibilidade trazida pela internet, resultou em um novo paradigma.

2.2 O primeiro criptoativo e suas tecnologias

Dessa convergência revolucionária de tecnologia e economia, surge em 2009, o primeiro criptoativo, o Bitcoin, criado por Satoshi Nakamoto. Quanto às suas tecnologias, os criptoativos possuem basicamente três: a criptografia, o blockchain – tecnologia de registro de contabilidade ou livro-razão –, e a rede P2P.

A criptografia é o método de codificação de mensagens a serem enviadas e/ou recebidas. A criptografia moderna traz incontáveis possibilidades de utilização dos meios

digitais de comunicação, dando, por exemplo, mais segurança para navegar e transacionar de forma online, com os certificados e assinaturas digitais, garantia de autenticidade e integridade. Especificamente tratando da Bitcoin, a criptografia permite que as carteiras estejam protegidas, garantindo que um usuário não tenha acesso a carteira de outro, além de apontar caso a blockchain seja violada/corrompida.

Outra tecnologia da Bitcoin é a rede *peer-to-peer* (P2P), que é um modelo na qual os participantes podem se comunicar diretamente uns com os outros, sem necessitar de um servidor intermediário. Aplicada à Bitcoin, esta rede permite que cada usuário ou *node* comunique-se diretamente com outro para o envio de recursos financeiros, desnecessitando um terceiro de confiança (*trusted third party* ou *middleman*), vez que a Blockchain cumpre esta função com segurança.

Além da criptografia e das redes P2P, outra tecnologia revolucionária é a Blockchain. Por definição, a Blockchain é a tecnologia que possibilita a troca e o armazenamento de dados, podendo ser compartilhados, consultados e protegidos devido ao seu algoritmo baseado no consenso. A Blockchain surge da junção da criptografia assimétrica, do *block chain* – estrutura de dados em bloco, em que o registro presente depende do registro passado, criando um enlace – e da arquitetura de sistemas distribuídos (*Distributed Ledger*), que representa o novo paradigma para consenso e confiança estabelecidas no modelo de negócio por algoritmo. O processo da Blockchain é basicamente o seguinte, ao ser validado um bloco, ele é adicionado aos demais blocos e compartilhado com a rede. Essa dependência entre um bloco e outro faz com que, caso alguém queira modificá-lo, deverá modificar a cadeia inteira, ou seja, os incentivos para executar corretamente as tarefas da rede são economicamente superiores aos possíveis ganhos a serem obtidos em eventual tentativa de fraude, trazendo assim diversas vantagens como a autonomia, a transparência, a segurança, a automação e a prestação de contas aos usuários.

Dessa sucinta passada histórica, nota-se que as tecnologias inerentes aos criptoativos são tecnologias comuns existentes que, ao entrarem em sintonia para revolucionar o sistema financeiro, acabaram quebrando diversos paradigmas.

3 I CRIPTOATIVOS: REGULAMENTAÇÕES E ALTERNATIVAS REGULATÓRIAS

Considerando a revolucionária criptoeconomia que inundou o mundo, a maioria dos países, inclusive o Brasil, buscam incorporar ao ordenamento jurídico normas e regulações. Ainda que os criptoativos estejam devidamente projetados, há diversas dificuldades em suas operações, tendo em vista as diversas possibilidades de sua definição jurídica, justificando em parte a mínima regulamentação em que operam. Tendo em vista as diversas funcionalidades, os criptoativos podem ter diversas naturezas e, dessa forma, diversas legislações podem ou não ser aplicadas. Pode-se dizer que os criptoativos não são [ainda] moeda, pois não possuem o curso forçado. Por outro lado, pode-se tratar de

valor mobiliário, ativo financeiro, *commodity* eletrônica, entre outros, de acordo com seu uso.

Frente às características dos criptoativos, no âmbito internacional, agências reguladoras pelo mundo todo tentam alertar sobre as normas existentes, além do potencial de fraude nessas negociações. Países como a Bolívia, Equador, Cuba, Honduras, Guatemala, Nicarágua, República Dominicana e Peru são extremamente cautelosos, não havendo pronunciamento quanto ao tema ou sendo proibidos.

A Rússia, que ainda acredita serem tecnologias criminosas -, por exemplo, reconhece a existência dos criptoativos, mas impossibilita seu uso para o consumo de bens e serviços, esvaziando sua eficácia jurídica. Ainda, está criando uma inteligência artificial para retirar o anonimato (a *Transparent Blockchain)*, o que beira a censura.

Os mais liberais, como França, Estados Unidos, Alemanha, Japão entre outros permitem a circulação de criptoativos, alertando sobre a violação das normas de valores mobiliários. Ainda, há países como a Singapura, que tem incentivado a utilização das tecnologias inovadoras, tanto que a autoridade monetária de Singapura publicou um Guia para Oferta de Tokens Digitais, cuja finalidade é guiar a população.

Na União Europeia, julgados equipararam os criptoativos às moedas tradicionais quanto a divisas e seu respectivo cambio, sobretudo quanto à incidência de determinados tributos. Além disso, autoridades bancárias da Europa reconhecem a evolução tecnológica, todavia com ressalvas, pois expõe o sistema financeiro, já que as legislações de *compliance* e de prevenção à lavagem de dinheiro são inaplicáveis.

Os Estados Unidos possuem extensa normatização acerca das criptomoedas, compreendendo diversas regulações advindas de múltiplas agências reguladoras, dando segurança em uma perspectiva, ao passo que a sobreposição de normas pode gerar conflitos. Os governos do mundo todo estão de olhos atentos aos criptoativos, pois percebem os reveses que os constituem, posto que são digitais e inerentemente globais. Nesse sentido, aborda-se o assunto nas agendas internacionais, como o G20 e o Painel de Estabilidade Financeira para informação e controle, referente à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e às sanções por mau uso.

A Lituânia se adiantou na corrida regulatória, sendo pioneira na legislação acerca das ICOs. Suas normas são abrangentes e definem a estrutura legal para projetos de todos os tipos de tokens, além de dar segurança quanto à tributação e à contabilidade a eles aplicados. Lá, a ICO pode ser valor mobiliário ou moeda, de acordo com o fluxograma descritivo, já esclarecendo as regulamentações. Ainda na Europa, em 2018, a associação *Crypto Valley*, sediada na Suíça, disponibilizou uma Política de Estrutura/ Funcionamento, trazendo disposições sobre um Código de Conduta Geral e um Código de Conduta específico para a criação de Ecossistemas descentralizados, visando criar um procedimento de operação com criptoativos.

Outro país destaque é a Ilha de Malta. Lá foram aprovadas três normas, quais sejam:

The Virtual Financial Assets Act, The Malta Digital Innovation Authority Act e *Technology Arrangements and Services Bill,* respectivamente, Lei de Ativos Digitais – definindo os ativos -, Lei da Autoridade de Inovação de Malta – reguladora - e Lei de Serviços e Arranjos Tecnológicos – para a fiscalização e controle dos prestadores.

Ante o exposto nota-se que as regulações internacionais, com exceção de algumas nações como Singapura, Lituânia, Malta e EUA, ainda evoluíram pouco e estão discutindo os reflexos dos criptoativos e as normatizações aplicáveis e não aplicáveis a eles. Alguns outros países, em vez de focar sua discussão em normatizações, vem dando especial atenção às alternativas regulatórias.

3.1 Panorama das regulações no âmbito nacional

Após o *boom* dos criptoativos, entre 2016 e 2017, tais ativos criptográficos inundaram o direito brasileiro com *exchange*s, provedores de *wallets*, *brokers*, entre outros negócios cujo objeto principal eram os criptoativos. Desde então, nossas agências reguladoras, sobretudo a CVM, e os Poderes Executivo e Legislativo, vêm perdendo a corrida em busca da regulação ou regulamentação de tais tecnologias.

A CVM publicou o documento “Criptoativos / Série Alertas”, impondo sujeição às suas normas para todas as ICOs em que os direitos de seus ativos o caracterizem como valor mobiliário, assim tanto a operação, quanto os emissores devem respeitar as regulamentações da CVM. De outra banda, enquanto o Poder Legislativo dava pequenos passos no sentido da regulamentação, a Receita Federal (RFB), põe em prática algumas regras. Em 2016, a RFB já orientava a declaração dos criptoativos, conforme consta do tópico 447 (BRASIL, 2016):

> MOEDA VIRTUAL – COMO DECLARAR
>
> 447 — As moedas virtuais devem ser declaradas?
>
> Sim. As moedas virtuais (bitcoins, por exemplo), muito embora não sejam consideradas como moeda nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos como “outros bens”, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro. Elas devem ser declaradas pelo valor de aquisição.

Em outro poder, observando a chegada da tecnologia repentinamente no Brasil, a Câmara dos Deputados procura inserir as moedas virtuais na definição de “arranjos de pagamento”, conforme o projeto de lei (PL) 2303, de 2015. Mais a frente, a CVM, em 2018, lança o Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN, que proibiu gestores e administradores de fundos de investir em criptomoedas, argumentando sua incompatibilidade com o conceito de ativo financeiro, entretanto pouco mais de meio ano depois a entidade reviu seu entendimento e, através do Ofício circular nº 11/2018, permitiu que tais fundos investissem em criptomoedas, condicionados à admissão e regulamentação nos mercados em que

investem. Ainda em 2018, a RFB lança uma consulta pública que tratava da prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos.

Em 2019, foi aprovada a IN RFB Nº 1888, de 03 de maio de 2019, instituindo e disciplinando a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à RFB, vigorando a partir de 1º de agosto de 2019. Tal aprovação se trata de um marco histórico para a regulamentação dos criptoativos no Brasil, vez que é a primeira regulamentação que o país tem oficializada, trazendo mais segurança jurídica nas operações com criptoativos. Outrossim, a publicação, em sua maior parte, restou igual à minuta da consulta de 2018, havendo algumas alterações. Dentre elas, uma importante alteração é a definição de criptoativo, que passou a ter a seguinte descrição (BRASIL, 2019):

> Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:
>
> I - criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal;

Mais recentemente entraram em tramitação, no Senado Federal, o PL nº 3825, de julho de 2019, que “Disciplina os serviços referentes a operações realizadas com criptoativos em plataformas eletrônicas de negociação” e o PL nº 3949, também de julho de 2019, que, dispõe sobre transações com moedas virtuais e estabelece condições para o funcionamento das exchanges de criptoativos. Além disso, ambas buscam definir alguns termos, tais como plataforma eletrônica, criptoativo e *Exchange* de criptoativos. De acordo com os PLs, *Exchange* é “a pessoa jurídica que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos em plataforma eletrônica, inclusive intermediação, negociação ou custódia”. Por fim conceitua criptoativo como:[1]

> a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e/ou de tecnologia de registro distribuído, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a bens ou serviços, e que não constitui moeda de curso legal.

Observa-se que tal legislação tem forte referencial na IN 1888/2019 da RFB, visando promulgar tais conceitos em uma lei nacional. Além disso, os PLs visam fixar a competência do BCB para a regulação da criptoeconomia, ressalvando a competência da CVM acerca da oferta pública de criptoativos que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços. Cabe destacar que, ainda em 2019, foi proposto no Senado Federal mais um projeto de lei, sob o nº 4207/2019, que traz

1 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 3825, de 02 de julho de 2019**.

basicamente o mesmo direcionamento elencado nos PLs 3825 e 3949, visando criar um regime jurídico para os criptoativos.

Distanciando-se da seara pública e governamental, a sociedade civil surge forte na defesa da criptoeconomia, sendo criadas em 2018, objetivando o fomento à inovação e a livre concorrência através da intermediação, a Associação Brasileira de Criptomoedas e Blockchain (ABCB) e a Associação Brasileira de Criptoeconomia (ABCripto)

Mas e quanto à tributação? A tributação dos ativos virtuais, no Brasil, segundo a RFB, para as pessoas físicas, basicamente se trata de isenção para alienações mensais até R$ 35.000,00, devendo, a depender do lucro obtido, recolher imposto de renda nas alíquotas de 15%, 17,5%, 20% ou 22,5%. Além disso, as obrigações criadas pela IN 1888/2019 são de observância obrigatória, cujo descumprimento gera multa.

E quanto aos outros tributos? O IPI, conforme a majoritária doutrina, não pode ser exigido, tendo em vista não se tratar de produto resultante do processo industrial, não advindo de procedimentos químicos ou físicos de transformação. Ainda, a criação e operação de criptoativos não se enquadram nas disposições do Decreto 7.212/2010.

Além disso, quanto ao IOF, deve-se cindir em duas análises. Tratando-se de IOF Cambio não incidiria tal imposto sobre as operações com criptoativos, pois não são moedas nacionais, nem estrangeiras, não ensejando o referido tributo. Entretanto, no caso do IOF Títulos e IOF Valores Mobiliários, não há óbice caso o criptoativo represente título mobiliário aceito pela CVM e pela BMF & BOVESPA.

Outro tributo que deve ser analisado é o ICMS. Tal tributo não pode ser exigido nas negociações com criptoativos – a exceção da compra e venda -, pois não são bens mercantis – e sim meios de pagamento-, não havendo, desse modo, circulação de mercadoria ou serviço de transporte. Entretanto, para Daniel Paiva de Gomes, sequer a compra e venda poderiam ensejar o ICMS, pois os criptoativos, por serem efetivos meios de pagamento (e não bens consumíveis), não se enquadram no conceito lógico de mercadoria, não ocorrendo o fato gerador de tal tributo.

Os impostos que, para MORAIS; BRANDÃO NETO, 2014, são compatíveis com os criptoativos são o ISSQN e o ITCMD. Não há óbice para se exigir o ISSQN nas operações em que criptoativos remuneram determinada prestação de serviço, bastando apurar o valor em reais das criptomoedas recebidas pelo prestador. Da mesma forma o ITCMD, cuja transmissão é fato gerador do tributo.

Por fim, o II e o IE podem ser exigidos a partir, respectivamente, da transferência do ativo para banco de dados nacional e da transferência do ativo para banco de dados estrangeiro. Por outro lado, GOMES, 2019, apesar de considerar a possibilidade de II e IE em tese, não considera tal tributo factível, vez que impossível delimitar fronteiras no ciberespaço.

Analisados sucintamente alguns impostos, percebe-se a possibilidade de o atual sistema tributário receber as tecnologias da criptoeconomia e tributá-las conforme a

legislação já posta.

E quanto à criminalização? Excetuado o substitutivo do PL 2303/15, que tentou criminalizar os criptoativos, não se encontrou demais legislações visando criminalizar a criptoeconomia. Observa-se a disposição do PL 3.825/19, que visa punir as fraudes referentes às *exchange*s, conforme o artigo 17, do referido PL (BRASIL, 2019):

> Art. 17. A Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 4º-A:
>
> “Art. 4º-A. Gerir fraudulentamente Exchange de criptoativos:
>
> Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.
>
> §1º Se a gestão fraudulenta é realizada mediante prática de pirâmide financeira:
>
> Pena - Reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.
>
> §2º Se a gestão é temerária:
>
> Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.” (NR)

As discussões criminais sobre criptoeconomia são a prevenção quanto aos crimes de lavagem de dinheiro e evasão de divisas. Quanto à evasão, já se tentou enquadrar as operações com criptoativos no tipo penal de Evasão de Divisas; ocorre que, por ser norma penal em branco, tal tipo penal depende de regulamentações administrativas para ser enquadrado no tipo, o que ainda não se vislumbra. Além de que o conceito de divisas é tido como sinônimo de ativos conversíveis em moedas.

Dando continuidade, conhecida a impossibilidade do delito de evasão de divisas, o debate é a lavagem de dinheiro. Parte-se do conhecimento de que lavagem de dinheiro, conforme a cartilha sobre Lavagem de Dinheiro, do COAF em parceria com o UNDCP[2], é “o processo pelo qual o criminoso transforma recursos ganhos em atividades ilegais em ativos com uma origem aparentemente legal”. (COAF, 2019) Tal conceito coaduna com a Lei de [combate à] Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98).

Assim, percebe-se ser plenamente possível, porém improvável, a utilização dos criptoativos para praticar o crime de lavagem de dinheiro. As vantagens em sua utilização seriam: segurança na transferência de valores, dificuldade de rastreio, dificuldade de gravames a estes bens. Além disso a volatilidade pode constituir vantagem ou desvantagem para o criminoso. Entretanto, apesar das vantagens, os riscos são altos, pois a anonimidade não é total, a Blockchain grava todas as transações, a liquidez é baixa e a necessidade de ter que converter tal ativo em moeda soberana sujeita aos controles antilavagem para usufruí-la tornam desencorajadora a tentativa de lavar dinheiro por tal meio.

3.2 Alternativa regulatória: Sandbox

Com o crescimento desenfreado da tecnologia, os países têm passado um “sufoco”

2 Na tradução Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional de Drogas

no que diz respeito ao acompanhamento (legislativo) de todas essas novas relações disruptivas de que o direito privado vem se apropriando. Nesse sentido as *exchanges* de criptoativos, modelos diferenciados de negócios financeiros, também chamadas de *fintechs* entraram no mercado econômico, ou melhor, criptoeconômico para ficar. Ocorre que para operar com economia no Brasil diversos procedimentos burocráticos para verificação do potencial econômico de tais empresas são exigidos. Entretanto as *fintechs*, por ter uma definição jurídica diferenciada das demais empresas, chegaram em um espaço ainda não regulado, sequer previsto.

Assim surge, para apaziguar os entes públicos e a iniciativa privada, o *sandbox* regulatório. Mais recentemente, tendo em vista o exponencial crescimento das *fintechs* e inspirados no conceito de *sandbox*, diversos países já a estão utilizando e, nesse sentido, quanto à definição, COUTINHO, 2018, eleva a tecnologia do *sandbox* à condição de instrumento regulatório, ao passo que, MELLO et al, 2019, dizem ser "um espaço em que o risco está controlado e as regras para atuação e prestação das atividades são previamente definidos". Ainda, o Ministério da Economia afirma que os *sandboxes*: "oferecem às empresas inovadoras a possibilidade de operar por tempo limitado, com um número reduzido de clientes e em condições determinadas pelo órgão supervisor". (BRASIL, 2019)

Algumas dúvidas surgem quanto ao estabelecimento do *sandbox* regulatório, tais como, quem poderia participar? ou como utilizá-lo efetivamente? e como funciona exatamente? Podem participar do referido instrumento todas as empresas que atendam às exigências do edital, podendo ser previstas as atividades permitidas, ramos de atuação, autoridades reguladoras participantes, além de limitações quanto tratamento regulatório diferenciado ou até mesmo de maneira aberta incluindo tanto novas empresas quanto aquelas já reguladas, desde que com negócios minimamente viáveis e enfoque inovador. Isso demonstra como o *sandbox* é flexível e adaptável ao caso específico de cada empresa. Quanto ao seu funcionamento, não é possível detalhá-lo, tendo em vista sua estrutura volátil, entretanto alguns princípios basilares podem ser observados, tais como: Ambiente Experimental, Temporariedade, Estrutura Individualizada, Supervisão Institucional e Excepcionalidade. Mas sua utilização, só o edital poderá responder.

Diversos países como Reino Unido, Holanda, Abu Dhabi, Hong Kong e Malásia já adotam o *sandbox* regulatório; entretanto o país destaque é a Singapura. Lá, desenvolveu-se um *sandbox* para estímulo às inovações tecnológicas. Para tanto, o país criou um Grupo de Inovação em Tecnologias Financeiras, em 2015, vinculado à autoridade monetária do país. O *sandbox* de Singapura permite que tal autoridade supervisione as empresas, que experimentarão produtos e serviços durante determinado período, flexibilizando, se necessário, algumas normas. Supervisionam também o risco, observando atentamente as normas de honestidade e integridade das entidades, confidencialidade das informações dos clientes e, sobretudo, a prevenção ao tráfico de drogas e ao financiamento do terrorismo.

O Reino Unido também é um dos países destaque no que se refere ao *sandbox*,

que data de 2014, estimulando a competitividade. O ingresso no *sandbox* britânico está condicionado à proposição de uma solução inédita para algum setor ou atividade financeira já regulamentada, além de possuir uma rigidez quanto aos seus critérios, dessa forma "O caso do Reino Unido têm mostrado impactos positivos nos investimentos em inovação após a instituição do regime de sandbox [...]", afirma COUTINHO, 2018.

Com inspiração em sandboxes internacionais, a CVM, o BCB e a SUSEP divulgaram em julho de 2019 comunicado esclarecendo a intenção de implementar um *sandbox* regulatório como alternativa regulatória. Seguindo os primados do Reino Unido e de Singapura, a CVM buscou minutar um edital de *sandbox* destacando que seriam possíveis alcançar os seguintes benefícios (CVM, 2019):

> a) estímulo à competição entre prestadores de serviços e fornecedores de produtos financeiros por meio da redução do tempo e do custo para implementar ideias inovadoras;
>
> b) promoção da inclusão financeira mediante lançamento de produtos e serviços financeiros menos custosos e mais acessíveis; e
>
> c) redução da incerteza regulatória na implementação de inovações e possível aprimoramento do arcabouço regulatório aplicável às atividades regulamentadas.

Nesse sentido, a CVM lança em 28 de agosto de 2019 a audiência pública SDM 05/2019, que dispõe sobre as regras para constituição e funcionamento de ambiente regulatório experimental (*sandbox*), recebendo sugestões de instituições como ABCB, Associação Brasileira de Fintechs, BNDES, *Nubank*, entre outros.

Desse esforço, em 15 de maio de 2020, a CVM emite a Instrução CVM 626 que dispõe sobre as regras para constituição e funcionamento do sandbox regulatório, vigorando a partir de 1º de julho de 2020, melhorado em relação à minuta. Dentre as melhorias apresentadas estão o Ciclo de Admissão e a Confidencialidade. Assim novos participantes podem ingressar à sandbox ainda que os anteriores não tenham completado um ciclo, tornando mais dinâmico e acessível o instrumento. Além disso, por ser um ambiente de compartilhamento, algumas empresas temiam a sandbox quanto a dados sensíveis. Para tanto a Sandbox nacional trouxe a possibilidade da confidencialidade de alguns dados e informações quando justificada a necessidade. Tal instrumento vem ao encontro das melhores práticas regulatórias atendendo à diversas inovações, incluindo a blockchain e a tokenização, além de permitir parcerias internacionais para avaliação das propostas de inovação.

Observa-se, por conseguinte, a especial atenção dispensada ao *sandbox* pelas autoridades reguladoras nacionais, reconhecendo de forma inequívoca os benefícios gerados às outras nações. Nesse sentido, a instrução CVM 626 está bem adaptada às realidades/necessidades do Brasil, buscando como parâmetro os instrumentos dos países referência acerca do tema e oportunizando ao público o desenvolvimento de tecnologias

inovadoras em um ambiente regulado e seguro. Dessa forma, a interação entre a seara estatal e a seara privada encontram um ponto em comum, um ponto convergente, a partir do qual se permite a busca pela inovação por parte das entidades e, por outro lado, a segurança do negócio para a sociedade a ser supervisionada pelo Estado, no momento em que é possível se criar um cenário jurídico específico.

4 I CONCLUSÃO

Observou-se o alcance inerente das moedas em nossas vidas, tornando-se provavelmente o instrumento mais importante das relações sociais contemporâneas. Contudo, os sistemas financeiros não se sustentavam mais, assim os cypherpunks iniciam uma revolução objetivando o afastamento do estado das relações privadas. Assim surgiu a criptoeconomia, baseada em tecnologias como a criptografia, a rede P2P e a Blockchain. Sua exponencial ascensão se deu nos últimos três anos, em proporções inimagináveis e revolucionando de forma inédita diversos mercados, trazendo consigo, conduto, todos os riscos inerentes tanto à economia, quanto à TI.

O cenário internacional referente à regulamentação dos criptoativos ainda está fervoroso, com legislações esparsas e diversas autoridades em conflito positivo ou negativo de competência. Os países destaque na regulamentação são a Singapura, a Lituânia, a Malta, os demais evoluíram pouco, optaram por proibir a circulação ou deram enfoque para alternativas regulatórias.

O Brasil começou tímido em suas discussões acerca dos criptoativos, uma normativa aqui, outra lá. Ano a ano as discussões foram ficando mais robustas, diversas autoridades se manifestavam em audiências públicas, culminando no surgimento da IN RFB 1888/2019, dando robustez maior na definição de criptoativo e seus demais termos em geral. O cenário regulatório brasileiro ainda tem vários PLs tramitando. Além disso, quanto à tributação, notou-se a possibilidade de utilização das normas da forma em que se encontram para as diversas operações possíveis com os criptoativos. Quanto às questões criminais demonstrou-se não ensejar meio predileto para a lavagem de dinheiro tendo em vista as barreiras inerentes à tecnologia.

Assim, o Brasil demonstrou ter um cenário regulatório robusto em desenvolvimento nos últimos anos, tanto nas normas que estão sendo criadas, quanto nas já postas. Vislumbrou-se também uma grande solução no *sandbox* regulatório brasileiro, pois se trata da criação de um cenário jurídico temporário, em um ambiente experimental, com estrutura individualizada para cada empresa, na qual as autoridades reguladoras podem supervisionar a entidade no desenvolvimento de sua tecnologia. Assim a interação entre a seara estatal e a seara privada encontrou um ponto em comum, um ponto convergente, a partir do qual se permitirá a busca pela inovação.

Assim conclui-se que o Brasil apresenta um arcabouço regulatório robusto em

desenvolvimento e legislações tributárias redigidas de forma a receber da forma em que estão os criptoativos, além de ter o *sandbox* como instrumento regulatório alternativo. Dessa forma, o Brasil está prestes a subir ao nível dos países com regulamentações completas, como a Ilha de Malta e a Singapura.

REFERÊNCIAS

A PROIBIÇÃO não é suficiente: a Rússia agora quer espionar suas transações com criptomoedas. **Be[in]crypto**. Disponível em <https://beincrypto.com.br/a-proibicao-nao-e-suficiente-a-russia-agora-quer-espionar-suas-transacoes-com-criptomoedas/>. Acesso em: 30 ago 2020.

AS CRIPTOMOEDAS são moedas? **Núcleo de Estudos Avançados de Regulação do Sistema Financeiro** (Relatório da reunião ocorrida em 23/03/2018). FGV DIREITO RIO : 2018.

ASSANGE, Julian et al. **Cypherpunks**: liberdade e o futuro da internet. Tradução Cristina Yamagami. – São Paulo: Boitempo, 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PRIVATE EQUITY & VENTURE CAPITAL (ABVCAP). **Arrumando a casa:** Como se preparar para um processo de due diligence?. Disponível em: <https://www.abvcap.com.br/Download/Guias/3193.pdf>. Acesso em: 09 nov 2019.

BLOCKCHAIN, a catalyst for new approaches in insurance**. PWC**. Disponível em: <https://www.pwc.ch/en/publications/2017/Xlos_Etude_Blockchain_UK_2017_Web.pdf>. Acesso em: 02 set 2018.

BRASIL. Ministério da Economia. **Fintechs e Sandbox no Brasil.** Jun. 2019. Disponível em: <http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/notas-informativas/2019/publicacao-spe-fintech.pdf/view>. Acesso em: 04 nov 2019.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa RFB Nº 1888, de 03 de maio de 2019**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>. Acesso em: 13 out 2019.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Perguntas e Respostas** - Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF 2016. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/interface/cidadao/irpf/2016/perguntao/irpf2016perguntao.pdf>. Acesso em: 26 jun 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 3825, de 02 de julho de 2019**, p. 1. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973487&ts=1567530285030&disposition=inline>. Acesso em: 23 set 2019.

CANDORIN, Mariana Marcon. **Divisas e Bitcoins:** uma análise da tipicidade do artigo 22 da lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018. Disponível em: <https://www.editorafi.org/430mariana>. Acesso em: 03 nov 2019.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Criptoativos.** Série alertas. Disponível em: <http://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf>. Acesso em: 24 nov 2018.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Instrução CVM Nº 626, de 15 de maio de 2020**. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst626.html>. Acesso em: 03 dez 2020.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF). **Lavagem de Dinheiro** - Um Problema Mundial. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/cartilhas/arquivos/cartilha-lavagem-de-dinheiro-um-problema-mundial.pdf/view>. Acesso em: 03 nov 2019.

COUTINHO FILHO, Augusto**.** Regulação 'Sandbox' como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo,** v. 5, n. 2, p. 264-282, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/141450/146135>. Acesso em: 04 nov 2019.

EDGE, Kathryn Reed. The History of Money: From Cows to Bitcoin. **Tennessee Bar Journal**. Nashville, TN, v. 50, Issue 8, August 2014. Disponível em: <http://web.b.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=68231c2a-8e38-43f0-b499-a7431888a6dd%40sessionmgr104>. Acesso em: 06 maio 2018.

GOMES, Daniel de Paiva. **Bitcoin:** a tributação de investimentos em criptomoedas. 2019. 305f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28065/DPG%20-%20Bitcoin_a%20tributa%c3%a7%c3%a3o%20de%20investimentos%20em%20criptomoedas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 nov 2019.

GREVE, Fabíola et al. **Blockchain e a Revolução do Consenso sob Demanda**. Disponível em: <http://www.sbrc2018.ufscar.br/wp-content/uploads/2018/04/Capitulo5.pdf>. Acesso em: 02 nov 2019.

HERRERA, Diogo; VADILLO, Sania**. Sandbox regulatório na América Latina e Caribe para o ecossistema FinTech e o sistema financeiro**. Mar. 2018. Disponível em: <http://governance40.com/wp-content/uploads/2018/12/Sandbox-regulatorio-na-America-Latina-e-Caribe-para-o-ecossistema-FinTech-e-o-sistema-financeiro.pdf>. Acesso em: 04 nov 2019.

MELLO, José Luiz homem de et al. **Desafios regulatórios em torno da emissão e negociação de criptoativos e o sandbox como uma possível solução**. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2019/04/20190821_Desafios_regulatorios_em_torno_da_emissao_negociacao_criptoativos_e_sandbox_possivel_solucao.pdf>. Acesso em: 04 nov 2019.

MORAIS, Carlos Yury Araújo de; BRANDÃO NETO, João Batista. **Tributação das Operações com Criptomoedas**. Arquivo Jurídico, Teresina, v. 1, n. 7, p. 49-56, jul-dez 2014. Disponível em: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/download/3343/1909>. Acesso em: 28 out 2019.

OVERVIEW: Regulamentação das moedas digitais no Brasil – Jurisdição, trâmites, Projetos de lei e obrigações que constroem o cenário da regulamentação. In: **Revista Infochain Blockchain & Criptoeconomia,** v. 3, 2019. Disponível em: <https://www.enlaw.com.br/revista/382/ler>. Acesso em: 24 set 2019.

SILVA, Luiz Gustavo Doles. **A regulação do uso de criptomoedas no Brasil.** 2017. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/3358>. Acesso em: 13 set 2019.

TELLES, Christiana Mariani da Silva. **Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação. 2018.** 144f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Programa de Pós-Graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27350/DISSERTACAO-FINAL-13fev19-Christiana%20M%20S%20Telles.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 nov 2019.

UHDRE, Dayana; UENO, Gisele. Os desafios da regulamentação e tributação dos criptoativos. Perspectivas internacionais e nacionais; in **Revista Criptomoedas e Blockchain descomplicadas para advogados**, coord. LIMA, Amanda. São Paulo: Enlaw – Portal de Revistas Jurídicas, v. 1, n. 1, jul. 2019.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin:** a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

CAPÍTULO 15

IMPACTOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 173/2020 NA REESTRUTURAÇÃO DOS ENTES PÚBLICOS EM DECORRÊNCIA DA CORONAVÍRUS SARS-COV-2

Data de aceite: 25/03/2021

Fernanda Claudia Araujo da Silva
http://lattes.cnpq.br/5403306873366136

RESUMO: A pandemia causada pelo Coronavírus SARS-CoV-2 (COVID-19) afetou o mundo globalizado, o que não seria diferente no Brasil. Por isso, todos os entes da Administração Pública brasileira foram atingidos financeiramente, mesmo que essas pessoas políticas se estabeleçam por meio da autonomia político-administrativo-financeira segundo a Constituição de 1988. A primeira medida de amplo alcance à pandemia se estabeleceu pela Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, com uma atuação emergencial na área da saúde. Porém, os efeitos econômicos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal ultrapassaram questões sanitárias ou de implementação de políticas públicas na área da saúde, pelo fato de ensejar o subsídio financeiro aos entes estatais por parte da União, além de políticas públicas de fomento social, o que estabeleceu a instituição de um Programa Federativo de Enfrentamento ao Covid-19, por meio da Lei Complementar nº 173/2020. A partir desse programa federativo, a pesquisa tem por objetivo geral analisar os impactos da Lei Complementar nº 173/2020 na reorganização financeiras dos Estados da federação; e como objetivos específicos: identificar as mudanças na organização administrativa do Estado brasileiro na limitação de contratações e concursos públicos; analisar as alterações da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000; e, apontar o repasse de verbas aos estados brasileiros. Sob a perspectiva metodológica, utiliza-se a pesquisa doutrinária, exploratória e descritiva, a partir da formulação de um problema, ou seja: Como o Estado brasileiro adotará medidas alinhadas para a reestruturação financeira de enfrentamento à pandemia? A partir dessa pergunta, identificam-se as medidas legislativas, sua aplicação ante às variáveis diferenças dos estados da federação e os principais critérios determinantes propostos pela Lei Complementar nº 173/2020. A referida lei complementar editada visa alinhar medidas para a reestruturação econômica, principalmente ao se redefinir limites de gastos e contratações que devem, obrigatoriamente, serem atendidos pelos entes políticos, como também na reestruturação financeira necessária para um planeamento federativo. O intuito da lei complementar é minimizar os impactos financeiros, por isso propõe a suspensão de pagamento de dívidas, contratações, realização de concursos públicos até o final do ano de 2021, e, em contrapartida, estabelece o repasse de auxílio financeiro aos entes estatais que buscam diminuir os déficits causados aos cofres públicos por conta da calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19.

PALAVRAS-CHAVE: Enfrentamento Covid-19; Reestruturação econômica; Programa Federativo.

ABSTRACT: The pandemic caused by the SARS-CoV-2 Coronavirus (COVID-19) affected the globalized world, which would be no different

in Brazil. For this reason, all entities of the Brazilian Public Administration were financially affected, even if these political persons establish themselves through political-administrative-financial autonomy according to the 1988 Constitution. The first wide-ranging measure to the pandemic was established by Law No. 13,979 , of February 6, 2020, with an emergency action in the health area. However, the economic effects of the Union, States, Municipalities and the Federal District surpassed health issues or the implementation of public policies in the health area, due to the fact that the Union provides financial support to state entities, in addition to public policies for social development , which established the institution of a Federative Program to Combat Covid-19, through Complementary Law nº 173/2020. From this federative program, the research has the general objective of analyzing the impacts of Complementary Law 173/2020 on the financial reorganization of the states of the federation; and as specific objectives: to identify changes in the administrative organization of the Brazilian State in the limitation of contracts and public tenders; analyze the amendments to Complementary Law No. 101, of May 4, 2000; and, point to the transfer of funds to Brazilian states. From a methodological perspective, doctrinal, exploratory and descriptive research is used, based on the formulation of a problem, that is: How will the Brazilian State adopt measures aligned with the financial restructuring to face the pandemic? Based on this question, legislative measures are identified, their application in view of the variable differences between the states of the federation and the main determining criteria proposed by Supplementary Law 173/2020. The aforementioned supplementary law aims to align measures for economic restructuring, mainly by redefining spending and contracting limits that must be met by political entities, as well as in the financial restructuring necessary for federative planning. The purpose of the complementary law is to minimize financial impacts, which is why it proposes the suspension of payment of debts, hiring, public tenders until the end of the year 2021, and, in return, establishes the transfer of financial assistance to state entities that seek to reduce the deficits caused to public coffers due to the public calamity resulting from the Covid-19 pandemic.
KEYWORDS: Coping Covid-19; Economic restructuring; Federative Program.

1 I INTRODUÇÃO

A pandemia ensejou uma mudança drástica na economia mundial, o que consequentemente, abalou o Estado brasileiro em virtude das restrições impostas às atividades comerciais. O fenômeno alcançou todos os países como que uma avalanche que afetou rendas familiares, investimentos, projetos empresariais e a economia estatal. Os impactos repercutiram na indústria, comércio e serviços, pois o mundo parou como medida de conter o avanço da Covid-19 por meio do fechamento de atividades e isolamento social. O setor industrial foi o mais prejudicado por conta da redução de produção.

As medidas de redução foram identificadas já no mês de março e decresceu até meados do junho, quando então retornou gradualmente as atividades, principalmente por conta de políticas de incentivo fiscal, preservação de empresas, suspensão/prorrogação de contratos e mudanças na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000) com auxílio financeiro aos estados da federação brasileira.

O auxílio financeiro foi proposto diante de problemas na área da saúde pública, problemas financeiros arrecadatórios, limites de verbas, diferenciações econômico-políticas dos estados da federação e medidas federativas que levaram em consideração os problemas arrecadatórios. Dentre essas medidas trazidas à mudança da Lei de Reponsabilidade Fiscal, acarretaram discussões que ensejaram medidas federativas, pois não se pode deixar de mencionar que a Administração Pública brasileira se estabeleceu ante medidas de saúde pública determinadas pela Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que regulamentou a pandemia Coronavírus SARS-CoV-2 (COVID-19).

A pesquisa tem por objeto analisar os impactos da Lei Complementar nº 173/2020 na reorganização financeira dos Estados da federação, e como objetivos específicos: identificar as mudanças na organização administrativa do Estado brasileiro na limitação de contratações e concursos públicos; analisar as alterações da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000; e apontar o repasse de verbas aos estados brasileiros.

O trabalho utiliza a pesquisa doutrinária, exploratória e descritiva, a partir da formulação do problema: Como o Estado brasileiro adotará medidas alinhadas para a reestruturação financeira de enfrentamento à pandemia? Nesse contexto analisam-se as medidas legislativas ante às variáveis diferenças dos estados da federação e os principais critérios determinantes propostos pela Lei Complementar nº 173/2020 e a postura administrativa a ser adotada pela Administração Pública.

2 | POSTURAS ESTATAIS ANTE VARIÁVEIS DIFERENÇAS NO ESTADO BRASILEIRO

As transformações ocorridas no mundo têm gerado mecanismos de mudança governamental frente às dificuldades existentes, e uma dessas vertentes é o alinhamento de posturas informacionais para que a gestão das medidas seja acompanhada pela coletividade. Tanto nas posturas de organismos internacionais quanto dentro dos países, uma vez que medidas padronizadas são consideradas um suporte para minimizar a disseminação da doença.

Em função da institucionalização do desenvolvimento tecnológico e da implantação informacional dos Estados democráticos, é possível, por meio de uma gestão dialógica, estabelecer uma linha uniforme a ser adotada por conta da pandemia.

O Estado brasileiro, por seu caráter federal e de acordo com a Constituição, tem trazido atitudes para harmonizar a situação, mesmo diante de tantas incertezas que estão sendo vividas, principalmente nas relações que afetam a economia.

A conduta interna é direcionada aos entes da federação para manter as informações alinhadas para que, dentro dessa gestão, seja possível manter uma postura única em tempos de mudança de comportamento no país. A base das informações traçadas refere-se à Lei nº 12.527/2011, que traz importância aos destinatários das informações, que são

os titulares dos direitos individuais ou interesses afetados, e como se percebe, o Estado deve dar ampla informação aos administrados (BOURDIEU, 1996).

Assim, o alinhamento de posturas representa a realização de políticas públicas de defesa dos interesses públicos como premissa para a manutenção da ordem política do Estado e do corpo social, essenciais à comunicação e informação, com o duplo sentido de atribuição de responsabilidade ao público. instituições e comunidade.

A percepção dessa conduta é paralela ao momento da pandemia (COVID-19), gerando constantes informações do poder público e limitações na vida da comunidade. O primeiro elemento, informação, se estabelece como uma comunicação pública com o compartilhamento de informações de utilidade pública, que são da responsabilidade do Estado (ZEMOR *apud* JARDIM, 1999). Nesta sincronia, a comunidade tem o direito de receber todas as informações do Estado, pois é protagonista da sociedade e exerce direitos a partir de uma relação política e comunicacional do Estado.

Assim, esta relação obedece aos mais claros critérios de transparência, convergência e articulação da comunicação e informação entre o Estado e a sociedade, da melhor forma que iguala as determinações em todos os poderes.

A normativa primária sobre a pandemia emitida foi a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre medidas para fazer frente à situação de emergência em saúde pública em decorrência do Coronavírus, estabelecendo alterações no Estado e alterações legais fora do ordenamento jurídico, trazendo também providências relacionadas a planos de saúde, exames de saúde, exames médicos, isolamento e quarentena, repatriação de brasileiros, inclusive os que estiveram em Wuhan, na China, tudo para legitimar a ação do Estado e como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

> a legitimidade da conduta do administrador não é decidida em abstrato, mas resulta do confronto com o caso concreto, pois não se trata de avaliar a legitimidade do estado de direito, mas de uma ação que se contenha na interseção do estado de direito com o acontecimento real , cuja ocorrência a norma postula suprir a finalidade que veio a proteger (MELLO, 1984, p. 148).

Portanto, a finalidade do Estado é proteger a sociedade brasileira na coordenação administrativa e por meio da articulação de ações na tentativa de encontrar saídas para a crise do COVID-19, na determinação de fatores decisórios que convergem entre si e repercutem nos espaços cotidianos do modo de vida da sociedade, estabelecendo uma convergência que designa uma comunicação de informação na qual se agregam planejamentos, normas e alinhamentos. Duas importantes regras foram promulgadas a partir da Lei nº 13.979/2020, sendo a primeira no Poder Judiciário (incluindo todos os órgãos jurisdicionais), a Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ que padronizou o funcionamento dos serviços judiciais, impedindo as jurisdições de tomarem decisões diferenciadas; e a segunda, a Medida Provisória nº 934, de 1º de abril de 2020, que estabeleceu uma exceção temporal no sentido de reduzir o ano

letivo em todos os níveis de ensino (primário, secundário e superior).

No entanto, em virtude da autonomia dos entes estatais, governos estaduais e municipais têm adotado atitudes semelhantes e com base nas diretrizes do governo federal ou não, levando em consideração suas necessidades, garantindo as medidas e atualização de todos os procedimentos.

No entanto, as medidas são aplicadas em função da tecnologia da informação e da democracia em vigor no Brasil, e abrangem esse ambiente em que se vive, traduzindo-se na credibilidade das ações do governo, como entidade responsável pela manutenção do Estado.

A razoabilidade administrativa é uma medida essencial nas decisões tomadas pelo Estado, pois é a direção das decisões administrativas, o que corresponde às palavras de Paula Bucci:

> O princípio da razoabilidade, na origem, mais do que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom senso, aplicada ao direito ... A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz para a interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação que se opõe a formalismo vazio, à mera observância dos aspectos externos do direito, formalismo que descaracteriza o sentido final do direito. (BUCCI, 1996, p 173).

Portanto, as decisões tomadas internamente pelo Brasil são razoáveis e refletem maiores valores e interesses protegidos pela Constituição, como vida, liberdade, segurança, igualdade e propriedade, ao mesmo tempo que enfraquecem outros setores como as condições políticas e econômicas (principalmente a mercado financeiro).

No entanto, tudo foi decidido em um momento emergencial e, como diz Meireles, as medidas tomadas no momento da emergência buscam “neutralizar ou amenizar suas consequências danosas à comunidade” (sic!). (MEIRELLES, 2013, p. 263), pois o que se sabe é que a situação afeta contratos administrativos em vigor, atividades econômicas em diversos setores, relações de consumo e tantas outras atividades.

3 | MUDANÇAS REFERENCIAIS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR CONTA DA CRISE EXTREMA CAUSADA PELA PANDEMIA

Sem sombra de dúvida, a pandemia gerou uma crise extrema definida por ameaça a valores econômicos, sociais e de saúde pública que demandaram ações urgentes por parte do estado e colocou em xeque, tanto a vida das pessoas como a economia mundial.

O distanciamento social, a proibição das atividades comerciais, o fechamento de fronteiras e outras ações negativaram o desenvolvimento estatal e modificaram a forma de gestão com relevância, principalmente, para a saúde pública, tanto no sistema público como no privado de saúde vigentes (CAPANO et.al, 2020).

O SUS, enquanto estrutura federativa e interorganizacional, tem trabalhado no

combate à pandemia e mesmo assim a transmissão da doença ensejou muitas mortes (PECI, 2020), pois o desafio estatal é muito mais complexo do que somente decisões na área da saúde, o que ensejou a tomada de decisões que alcançam os mais variados setores, principalmente por ser uma doença nova e que causa diversos efeitos e a principal medida tomada foi o enclausuramento de pessoas.

A atuação da gestão administrativa pública não se restringe à área da saúde, mas a todas as áreas que envolvem a própria prestação de serviços público, pois a suspensão das atividades e principalmente o *lock down* fragilizou todos os entes políticos do Estado brasileiro, que se envolveram na gestão da crise, além de polarizar a política, visto que a pandemia trouxe problemas no exercício da liderança política do país.

A mobilização do Estado imposta pela situação extrema que se instaurou com a pandemia da COVID-19, e as medidas de emergência adotadas pelos governos possibilitou a existência de arranjos colaborativos entre governos. Nesse sentido, adequam-se as medidas fiscais adotadas por conta das consequências e desafios acarretados, evitando assim, maiores desgastes estatais.

Medias concretas como o auxílio emergencial, mudanças de programas existentes e decisões de âmbito geral minimizaram os impactos do momento, mesmo que ainda se identifiquem a vulnerabilidade da população brasileira e desafios econômicos, tecnológicos, sociais e geopolíticos dentro desse fenômeno da Covid-19 e que possivelmente em sua fase pós-Covid.

De qualquer forma, a crise desencadeada pela pandemia evidencia uma mudança no papel da administração pública e em especial na projeção de políticas públicas de recuperação do crescimento do país. Por isso, as modificações trazidas pela Lei Complementar nº173/2020 refreiam a atuação do setor público e suas decisões governamentais de uso dos recursos públicos.

4 | PRINCIPAIS CRITÉRIOS DETERMINANTES PROPOSTOS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 173/2020: ALINHAMENTO DE CONDUTA FISCAL CAUSADA PELA PANDEMIA

A pandemia no Brasil teve como principal repercussão econômica a prestação de subsídio por parte da União aos entes estatais, além do incentivo de políticas de fomento social. Por isso, foi necessária a implantação de um Programa Federativo de Enfrentamento à Covid-19 por meio da Lei Complementar nº 173/2020.

A referida norma foi editada com o objetivo de alinhar medidas para a reestruturação econômica por conta do endividamento dos entes estatais, além de estabelecer auxílio financeiro, redefinição com limites de gastos de pessoal, maior transparência, atos de gestão orçamentária e financeira necessários ao atendimento de necessidades em decorrência da calamidade.

A questão dos impactos financeiros é de salutar importância para a administração pública, por isso, a lei complementar propõe a suspensão de pagamento de dívidas, contratações, realização de concursos públicos até o final de 2021, repasse de auxílio financeiro aos entes estatais que buscam diminuir os déficits causados aos cofres públicos por conta da calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19, principalmente pelos efeitos da mortalidade da Covid-19 (WALKER et. al., 2020).

A mudança fiscal estabelecida também busca atender as regras de transparência fiscal e estabelece uma estrutura macroeconômica, políticas orçamentárias em decorrência da pandemia, além de evitar problemas de sustentação financeira dos cada governo no pós-pandemia, uma vez que o fenômeno Covid-19 provocou um choque na economia dos estados. Por isso, a Lei Complementar nº 173/2020 flexibiliza dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal e permite que a União repasse recursos públicos para Estados, Distrito Federal e Municípios no enfrentamento da pandemia.

A restrições orçamentárias, principalmente voltadas para despesas com pessoal na administração pública se submetem a esse regime fiscal diferenciado. Dentre as medidas, ressaltam-se as disposições do 8º da lei que trata sobre as limitações de despesas que cairão sobre os servidores públicos até dezembro de 2021, proibindo-se a concessão sob qualquer título a concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração, salvo se oriundo de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública, com base no inciso I, do Art. 8º. Já o inciso IV, do mesmo artigo, veda admissões ou contratações de pessoal a qualquer título, salvo as reposições de vacância de cargos efetivos ou vitalício e as reposições de cargos de chefia, direção e assessoramento que não acarretem aumento de despesa, com isso, consequentemente, veda-se a realização de concurso público até 31 de dezembro de 2021, salvo hipótese de vacâncias que surgirem nesse interregno.

A previsão legal traz uma série de suspensões de atos de gestão para redução das despesas públicas por conta da Covi-19, no entanto, a interpretação que se deve fazer é com relação aos direitos subjetivos dos servidores públicos, já que ficam vetadas novas formas de auxílios, bônus ou abonos a serem concedidos aos servidores públicos. Uma questão delicada que se observa na Lei Complementar nº 173/2020 é a disposição contida no incido IX, do Art. 8º ao determinar que desde a edição da lei até dezembro de 2021 não se contará como período aquisitivo necessário para a concessão de adicionais relacionados ao tempo de serviço, mesmo que referidos adicionais estejam assegurados em leis anteriores, como anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e outros mecanismos equivalentes. No entanto, a suspensão da contagem de tempo não poderá prejudicar a implementação de requisitos para aposentadoria e evolução funcional na carreira.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário descrito acima nos compele a constatar que o coronavírus provoca mais que uma pandemia. Ele potencializa a crise social e econômica, desnuda questões geopolíticas e aprofunda a crise do capitalismo demandando, mais que nunca.

A pandemia, por si só, é considerada causa ou agravante de crises econômicas pois há evidências de que medidas de quarentena e isolamento social estão associadas a quadros mais estáveis de recuperação econômica. Para isso, há uma série de medidas de proteção que o Estado pode tomar, além dos auxílios individuais em caráter emergencial e temporário. Entre elas, poderiam constar a proibição de despejos devido a atrasos de aluguel; garantia de habitação para pessoas com rendimentos afetados pela Covid-19; compensação governamental para os pequenos empresários, abertura de linhas de crédito, suspensão dos custos e sobretaxas sobre serviços básicos, como água, eletricidade, gás, telefone e Internet.

Porém, a pandemia não se limita ao território brasileiro, ao contrário, está dentro da ordem mundial e não há solução mágica a ser tomada dentro desta realidade, mas uma identidade foi estabelecida pelo poder público, como responsável por tentar transformar este momento de pandemia, adotando medidas uniformes na administração pública que é o confinamento das pessoas em suas próprias casas.

E, todas as informações que chegam à sociedade em função da democracia e da tecnologia estrutural do Estado brasileiro, fazem com que as informações cheguem à comunidade para que os interesses da nação sejam preservados. Mas toda essa pandemia vai acabar, como outras que já existiram e a sociedade vai dar um segmento ao Estado.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada – 2. Ed, São Paulo: Saraiva, 2017.

BOURDIEU, Pierre. Espíritos de Estado: gênese e estrutura do campo burocrático. In: BOURDIEU, Pierre. Razões práticas: sobre a teoria da ação. Campinas, São Paulo: Ed. Papirus, 1996.

BRASIL. Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020. **Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp173.htm. Acesso em: 28 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regulamenta o acesso às informações previstas no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e os dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e toma outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 3 de abril de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentar a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019- 2022/2020 / lei / L13979. htm. Acesso em: 31 de março de 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 934, de 1º de abril de 2020. **Estabelece regras excepcionais sobre o ano letivo dos ensinos fundamental e superior decorrentes das medidas de atendimento à situação de emergência de saúde pública a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv934.htm. Acesso em: 1º de abril de 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O princípio da razoabilidade em defesa da legalidade, In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, nº 16, Editora RT, São Paulo, 1996.

Capano, G., Howlett, M., Jarvis, D. S., Ramesh, M., & Goyal, N. (2020). Mobilizing Policy (In) Capacity to Fight COVID-19: Understanding Variations in State Responses. *Policy and Society*, *39*(3), 285-308.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 313**, de 19 de março de 2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Dever Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciais, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus - Covid-19, e garantindo o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original221425202003195e73eec10a3a2.pdf. Acesso em: 1º de abril de 2020.

JARDIM, José Maria. **Transparência e opacidade do Estado no Brasil: usos e desuso de informações governamentais**. Niterói: EDUFF, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Funções do Tribunal de Contas. In: **RDP** nº 72, out./dez. 1984.

PECI, Alketa. A resposta da administração pública brasileira aos desafios da pandemia. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro , v. 54, n. 4, p. 1-3, Aug. 2020 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122020000400001&lng=en&nrm=iso>. access on 13 Jan. 2021. Epub Aug 28, 2020. http://dx.doi.org/10.1590/0034-761242020.

WALKER, PATRICK G.T.; WHITTAKER, C.; WATSON, O. et al. **The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression.** WHO Collaborating Centre for Infectious Disease Modelling, MRC Centre for Global Infectious Disease Analysis, Abdul Latif Jameel Institute for Disease and Emergency Analytics, Imperial College London, 2020.

CAPÍTULO 16

CONSIDERAÇÕES SOBRE O IMPACTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NA PESQUISA

Data de aceite: 25/03/2021

Data de submissão: 05/01/2021

Paula Elizabeth Cassel
CEETEPS
São Paulo, SP
https://wwws.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=3D73D5411F3920651044687F236E30C7#

Helena Gemignani Peterossi
CEETEPS
São Paulo, SP
http://lattes.cnpq.br/2082414764823795

RESUMO: Este trabalho buscou analisar a redação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei nº 13.709/2018 no que se refere a pesquisa acadêmica, apresentando incongruências que impossibilitam a exata compreensão do artigo 4º, inciso II, alínea "b", desta legislação, bem como pretendeu apresentar a relação existente entre este diploma legal e a Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional da Saúde-CNS, aprimorada pela Resolução nº 466/12, que traz diretrizes éticas para pesquisa envolvendo seres humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Geral de Proteção de Dados, Ética na Pesquisa, Dados Pessoais.

ABSTRACT: This work sought to analyze the wording of the General Data Protection Law (LGPD) - Law nº 13.709/2018 with regard to academic research, presenting inconsistencies that make it impossible to understand the exact article 4, item II, item "b", of this legislation, as well as intended to present the relationship between this legal diploma and Resolution nº 196/96, of the National Health Council-CNS, enhanced by Resolution nº 466/12, which brings ethical guidelines for research involving human beings.

KEYWORDS: General Data Protection Law, Research Ethics, Personal Data.

1 I INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) - Lei nº 13.709/2018, entrou em vigor no dia 18 de setembro de 2020, com o intuito de atender a necessidade de normatização do tratamento de dados pessoais no Brasil. Isto porque, os avanços tecnológicos promovidos pela evolução da informática e das telecomunicações, principalmente, a partir da década de 1990, com a popularização da internet, impulsionaram uma economia orientada a dados.

Nessa perspectiva, empresas passaram a cada vez mais tratar dados como forma de melhorar sua competitividade no mercado e inspirar novos modelos de negócios.

Com esse novo cenário surge a necessidade de os países implementarem legislações que pudessem proteger de forma mais específica o titular de dados, que não raras vezes desconhece que suas informações pessoais estão sendo utilizados ou até mesmo

comercializadas por determinadas empresas.

A proteção da privacidade, portanto, é o norte para compreensão da LGPD, que tem o escopo de tutelar a pessoa natural diante da utilização indevida dos seus dados pessoais. A lei não se preocupa com outra espécie de dados, somente com os dados pessoais, uma vez que estes são considerados um direito fundamental de liberdade, de privacidade, de livre desenvolvimento da personalidade humana, tutelados inclusive pela Constituição Federal.

Além de descrever as hipóteses em que o tratamento de dados é permitido, a LGPD também dedica um artigo para os casos em que ela não incidirá. Este trabalho se propõe a analisar uma das exceções trazidas pela lei, que é a pesquisa acadêmica.

2 I REFERENCIAL TEÓRICO

A LGPD traz no artigo 4º as hipóteses legais em que ela não será aplicada, incluindo no inciso II, alínea "b", a pesquisa acadêmica. Isto porque houve uma preocupação em não vincular a pesquisa às exigências que poderiam atravancar sua realização, prejudicando o avanço da ciência e o próprio desenvolvimento do país.

Por outro lado, percebe-se que houve uma preocupação ética com os rumos que a pesquisa pode tomar, pois foi acrescentado na redação da alínea "b", uma informação que não constou nos demais incisos:

> Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:
>
> I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;
>
> II - realizado para fins exclusivamente:
>
> a) jornalístico e artísticos; ou
>
> b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;
>
> III - realizado para fins exclusivos de:
>
> a) segurança pública;
>
> b) defesa nacional;
>
> c) segurança do Estado; ou
>
> d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou
>
> IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei. (BRASIL, 2018)

Neste sentido, em razão desta observação não ter constado nas demais exceções a lei: "acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei", parece ter sido a

intenção do legislador informar que de algum modo a LGPD deve ser aplicada as pesquisas acadêmicas.

No entanto, o texto da lei é confuso e não permite compreender se o objetivo seria dispensar as hipóteses legais para tratamento de dados pessoais (artigos 7 º e 11), ou se seria exatamente o contrário, informar que nem todas as regras da LGPD são aplicáveis, mas somente as hipóteses legais.

> No primeiro momento havia sim incongruência e a redação da LGPD poderia ser melhor, pois não se tratava de hipótese de não aplicação, mas de aplicação mitigada. Até porque, pela simples leitura dos artigos citados (artigos 7° e 11), os mesmos ampliarão a necessidade de observação de outros artigos que os complementam, criando uma disciplina legal reduzida, mas não insignificante. (COTS, 2019, p. 66-67)

Apenas para facilitar a compreensão do tema o artigo 7º da LGPD traz as hipóteses permitidas por lei para realização do tratamento de dados. São dez bases legais, podendo ser dividias em dois grandes blocos, o primeiro em que o tratamento só pode ser realizado se houver o consentimento do titular, e o segundo bloco onde o tratamento pode ser realizado sem o consentimento do titular.

No segundo bloco estão as outras noves bases legais: cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas; para a realização de estudos por órgão de pesquisa; quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro.

O artigo 11 da LGPD traz um tratamento diferenciado para os dados pessoais sensíveis, com bases legais próprias. Isto porque os dados sensíveis atingem a esfera da intimidade do titular, ultrapassando a privacidade. São dados que podem gerar um dano maior para a pessoa, caso o tratamento seja realizado de forma indevida. São exemplos de dados sensíveis os elencados no inciso II, do artigo 5 º: "origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico".

Assim, apesar da lei apresentar uma lista do que pode ser considerado um dado pessoal sensível, este rol não é exaustivo e deve ser interpretado segundo Maldonado e Blum (2019) como "dados pessoais que possam trazer algum tipo de discriminação quando do seu tratamento", "que poderão implicar riscos e vulnerabilidades potencialmente mais gravosas aos direitos e liberdades fundamentais dos titulares".

O artigo 11 traz oito bases legais, podendo novamente ser dividias em dois grandes blocos, o consentimento do titular e as demais hipóteses em que ocorre a dispensa do consentimento: cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; realização de estudos por órgão de pesquisa; exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral; proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos.

Assim, qual teria sido a intenção do legislador ao trazer a pesquisa acadêmica como uma exceção a aplicação da LGPD? E ao mesmo tempo mencionar no artigo 4°, inciso II, alínea “b”, “aplicando-se a esta hipótese os artigos 7º e 11 desta Lei”? Afinal, as hipóteses legais devem ou não ser aplicadas?

De qualquer forma, é possível observar que houve uma preocupação em não excluir totalmente a aplicação da LGPD nos casos em que envolvem pesquisas acadêmicas, justamente com a finalidade de compatibilizar o desenvolvimento econômico, tecnológico e a inovação, com o respeito à privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade, conforme fundamentos instituídos no artigo 2º da LGPD.

Por esse ângulo, verifica-se um alinhamento entre as regras que envolvem a ética na pesquisa e a LGPD. Isto porque a preocupação ética do pesquisador deve ser orientada pelo respeito à intimidade do investigado.

A Resolução nº 466/12, que aprimorou a Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional da Saúde-CNS, e que traz as regras relacionadas a ética na pesquisa envolvendo seres humanos, considera para formulação de suas diretrizes o respeito à dignidade, à liberdade e à autonomia do ser humano. O item II.14 da referida resolução define pesquisa envolvendo seres humanos como aquela que “individual ou coletivamente, tenha como participante o ser humano, em sua totalidade ou partes dele, e o envolva de forma direta ou indireta, incluindo o manejo de seus dados, informações ou materiais biológicos”.

Neste sentido, uma vez que a pesquisa envolvendo seres humanos pode tratar dados pessoais, inclusive sensíveis, há que se compatibilizar os dois regramentos.

Pontos de similitude podem ser observados entre os princípios trazidos pela LGPD e a preocupação com a ética na pesquisa. Desse modo, faz-se necessário destacar os princípios que norteiam a aplicação da LGPD e que foram elencados no artigo 6º: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

Para fins deste estudo, este artigo comentará os três primeiros princípios trazidos pela LGPD, no artigo 6º: finalidade, adequação, necessidade. Isto porque, a partir deles é possível entender a essência da lei, ou seja, a luz por meio da qual todos os demais artigos

devem ser interpretados.

O princípio da finalidade assegura ao titular o direito de ser informado sobre o motivo que deu origem ao tratamento de dados, bem como garante que os dados não sejam utilizados com finalidade diversa da informada ao titular, a não ser que o agente de tratamento obtenha autorização para essa nova utilização.

O princípio da adequação traz a compreensão de que o tratamento dos dados pessoais precisa ser compatível com a finalidade informada e o princípio da necessidade garante que somente sejam tratados os dados que de fato são essenciais para o cumprimento da finalidade.

Assim, é possível observar que as condutas exigidas do pesquisador durante a investigação, se aproximam dos princípios trazidos pela LGPD.

> Não há pesquisa nem pesquisadores neutros. Por trás de uma pesquisa há interesses que nem sempre coincidem com os dos sujeitos investigados. Embora a questão ética atravesse todas as abordagens metodológicas de pesquisa, ela é mais evidente nas abordagens qualitativas, pois estas buscam, mais que as outras, perscrutar a intimidade da vida privada dos informantes ou de pequenos grupos. Por isso, torna-se imperativo que o pesquisador se interrogue permanentemente sobre ***porque*** investiga, ***para que*** investiga, ***como*** investiga e ***o que e como*** divulgar os resultados da pesquisa. E, além disso, que os sujeitos investigados sejam informados antes e durante todo o processo de pesquisa sobre as reais intenções, finalidades e procedimentos do pesquisador. (FIORENTINI e LORENZATO, 2009, p.193-194)

Por outro lado, em relação ao tratamento de dados pessoais, a Resolução nº 466/12 do CNS, no item III.2, prevê a necessidade do consentimento livre e esclarecido do participante da pesquisa:

> III - DOS ASPECTOS ÉTICOS DA PESQUISA ENVOLVENDO SERES HUMANOS
>
> III.2 - As pesquisas, em qualquer área do conhecimento envolvendo seres humanos, deverão observar as seguintes exigências: [...]
>
> g) obter consentimento livre e esclarecido do participante da pesquisa e/ou seu representante legal, inclusive nos casos das pesquisas que, por sua natureza, impliquem justificadamente, em consentimento a posteriori; [...]
>
> q) utilizar o material e os dados obtidos na pesquisa exclusivamente para a finalidade prevista no seu protocolo, ou conforme o consentimento do participante. (BRASIL, 2012).

Assim, há indagações que, diante da entrada em vigor da LGPD, precisam ser respondidas para desenvolvimento de pesquisas acadêmicas, como: qual seria a melhor interpretação para a LGPD, nos casos que envolvem a pesquisa acadêmica? Haveria a necessidade de respeitar alguma base legal para tratamento dos dados pessoais? Quais artigos da LGPD são aplicáveis a pesquisa acadêmica? De que forma a Resolução nº 466/12 do CNS, deve ser compatibilizada com a LGPD?

Além disso, surgem outras preocupações, que antes ficavam restritas a uma

perspectiva ética, e que agora precisam ser reavaliadas a luz da LGPD, por exemplo: o investigado possui o direito de solicitar a exclusão dos seus dados pessoais? Até que momento da pesquisa isso será possível? E se isso vier acontecer quando a pesquisa já estiver concluída?

Para responder todas essas questões primeiramente é preciso compreender qual seria a mitigação imposta pelo legislador a aplicação da LGPD na pesquisa acadêmica.

Assim, faz-se necessário, diante da vigência da lei, fomentar o diálogo sobre o tema a fim de enriquecer as discussões relacionadas à aplicação da LGPD na pesquisa acadêmica, contribuindo para compreender seu impacto e de que forma essa legislação se compatibiliza com os dispositivos da Resolução n º 466/12 do CNS, para nortear a atividade do pesquisador quanto ao procedimento correto para tratamento de dados pessoais.

3 I MÉTODO

O presente artigo é um estudo com abordagem qualitativa, baseado em pesquisas bibliográficas e documentais. A pesquisa bibliográfica tratou dos estudos já existentes sobre a LGP.

Segundo Sampieri, Collado e Lucio (2013) a revisão de literatura busca identificar a teoria existente e as lacunas de pesquisa que serão alçadas a partir do levantamento que o pesquisador realizou durante o processo investigativo da proposta do estudo.

Ainda de acordo com Sampieri, Collado e Lucio (2013) os documentos auxiliam no entendimento da forma como o fenômeno de estudo se comporta, além de oferecer subsídios de como as atividades dos grupos estudados atuam na sociedade.

A partir da revisão da literatura existente sobre o assunto de estudo deste artigo, bem como da pesquisa das legislações que circundam o tema, realizou-se análise das lacunas existentes, e que ainda precisam ser discutidas, para orientação do tratamento de dados pessoais no caso da pesquisa acadêmica.

4 I RESULTADOS E DISCUSSÃO

Percebe-se, a partir da revisão da literatura apresentada, que apesar da LGPD ter entrado em vigor no dia 18 de setembro de 2020, há uma incongruência na redação da legislação no que se refere a pesquisa acadêmica, o que impossibilita sua exata compreensão. Isto porque, o legislador estranhamente menciona no artigo 4º, inciso II, alínea “b”, que trata da pesquisa acadêmica como uma das hipóteses em que a LGPD não deve ser observada, a menção de que deve ser aplicada as hipóteses dos arts. 7º e 11 da Lei, que justamente tratam das bases legais para sua aplicação.

Assim, o dispositivo legal em comento não permite compreender com exatidão de que forma a LGPD deve ser cumprida na pesquisa acadêmica. No entanto, é possível perceber que houve a intenção do legislador, ao acrescentar no artigo mencionado, a frase

“aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei”, informar que de algum modo a legislação deve ser observada nas pesquisas acadêmicas.

Desta forma, percebe-se a importância de se compreender com exatidão a amplitude de incidência da LGPD na pesquisa, isto porque muitas dúvidas se apresentam como: qual seria a melhor interpretação para a LGPD, nos casos que envolvem a pesquisa acadêmica? Haveria a necessidade de respeitar alguma base legal para tratamento dos dados pessoais? Quais artigos da LGPD são aplicáveis a pesquisa acadêmica? De que forma a Resolução nº 466/12 do CNS, deve ser compatibilizada com a LGPD?

Assim, apesar de não ser possível alcançar uma conclusão precisa e concreta acerca do tema, que permita responder com exatidão as lacunas provocadas pela incongruência da redação da lei, tendo em vista que se trata de uma legislação recente que ainda precisa ser discutida e debatida, entende-se que sua aplicação deva ser compatibilizada com a Resolução nº 466/12 do Conselho Nacional da Saúde-CNS, que traz diretrizes éticas para pesquisa envolvendo seres humanos, tendo em vista a relação existente entre esses diplomas legais.

5 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

A LGPD representa um marco importante na legislação brasileira para garantia dos direitos da personalidade humana tutelados na Constituição Federal, uma vez que busca proteger os dados pessoais da pessoa natural.

A lei descreve as hipóteses em que o tratamento de dados é permitido, e dedica um artigo para mencionar os casos em que suas regras não incidirão. Este trabalho se propôs a analisar uma das exceções trazidas pela lei, que é a pesquisa acadêmica.

Constatou-se, no que se refere a pesquisa acadêmica, que não é possível compreender com clareza de que forma a LGPD deve ser aplicada, tendo em vista as incongruências da redação do artigo 4º, inciso II, alínea “b”, desta legislação, que impossibilitam sua exata compreensão.

Esta incerteza, quanto ao alcance da incidência da LGPD na pesquisa acadêmica, suscita inúmeras dúvidas que ainda não foram respondidas diante da recente vigência da lei.

No entanto, há que se considerar para responder as lacunas suscitadas neste trabalho de pesquisa, a Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional da Saúde-CNS, aprimorada pela Resolução nº 466/12, que traz diretrizes éticas para pesquisa envolvendo seres humanos, tendo em vista a relação existente entre esses diplomas legais.

Assim, apesar de ainda não ser possível alcançar uma conclusão precisa e concreta acerca do tema, entende-se necessário fomentar a discussão, por meio de uma participação ativa dos atores envolvidos no setor educacional ligado à pesquisa acadêmica, com o intuito de contribuir para a melhor interpretação da LGPD, visando proporcionar segurança

aos pesquisadores no desenvolvimento de atividades que envolvam o tratamento de dados pessoais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados, de 15 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov. br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 25 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012. Dispõe sobre diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html. Acesso em 25 set. 2020.

COTS, Márcio. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

FIORENTINI, Dario; LORENZATO, Sergio. **Investigação em Educação Matemática: percursos teóricos e metodológicos.** 3ª Edição Revisada. Campinas: Autores Associados, 2009, p. 193-206.

SAMPIERI, R. H.; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, María del Pilar Baptista. **Metodologia de Pesquisa**. Trad. Daisy Vaz de Moraes 5. Ed. Porto Alegre: Penso, 2013.

VAINZOF, Rony. Disposições Preliminares. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Comentada** - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CAPÍTULO 17

A CRISE DA ALIMENTAÇÃO OCIDENTAL CONTEMPORÂNEA

Data de aceite: 25/03/2021
Data de submissão: 02/01/2021

Eduardo Augusto Baiz
Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente
Regente Feijó – São Paulo
http://lattes.cnpq.br/9512705418623362

RESUMO: Tendo em mente os problemas de saúde, ambientais, de fome e ética enfrentados pelo mundo contemporâneo, o presente artigo se dispôs a analisar a raiz que todos esses desafios compartilham, trazendo à luz da discussão assuntos que são essenciais caso a humanidade, como um todo, esteja ansiando por proteger um dos seus mais valiosos bens: a saúde — que é amparada pelo Direito Humano à Alimentação Adequada. Tal direito, dentre muitos outros, pode estar, como foi aqui abordado, ameaçado em função das práticas da sociedade dos excessos. Este trabalho pretendeu explanar ao leitor apenas uma noção introdutória do assunto, tendo em vista que ele é amplo e poderá ser mais bem aprofundado por futuros projetos. Cada um dos capítulos está acompanhado pela consciência de que a saúde, a vida e a segurança alimentar andam lado a lado, a todo instante.

PALAVRAS-CHAVE: Carne. Saúde. Indústria alimentícia. Indústria da carne. Meio-ambiente.

CONTEMPORARY WESTERN FOOD CRISIS

ABSTRACT: Acknowledging the health, environmental, hunger and ethics problems faced by current world, this article analyzed the root which all these challenges share, bringing into discussion themes that are essencial if humanity, as a whole, is looking forward to protecting one of its most valuable assets: health — which is supported by the Human Right to Adequate Food. Such right, among many others, might be, as discussed here, threatened due to the practices of the society of the excesses. This work intended to explain to the reader only an introdutory notion of the subject, since it is a vast theme and can be further explored by future projects. Each one of the following topics is bounded to the awareness that health, life and food security go hand in hand, all the time.

KEYWORDS: Meat. Health. Food industry. Meat industry. Environment.

1 | INTRODUÇÃO

Conforme a humanidade caminhou, houve uma tendência para que a tecnologia evoluísse gradativamente, melhorando, via de regra, a vida daqueles que tivessem condição financeira e social para desfrutarem dos avanços. Dentre os inúmeros problemas enfrentados, um dos maiores desafios da humanidade, no entanto, continua a ser o mesmo: como alimentar toda a população mundial? Como melhorar a produtividade e manejar seus produtos de tal maneira que mais

de 7 bilhões de seres humanos tenham o que colocar sobre a mesa todos os dias?

Muito se teorizou a respeito de tais indagações, e igualmente numerosas foram as tentativas para que dito problema fosse solucionado ou, ao menos, atenuado. O uso contínuo de agrotóxicos, de alimentos geneticamente modificados, da pecuária intensiva, todos esses métodos e inúmeros outros foram sendo implementados, na tentativa — dentre outras razões — de saciar a crescente demanda mundial. Contudo, permeia a dúvida de que se tais práticas, ainda que aumentem a produção, não estão, também, diminuindo consideravelmente a qualidade dos alimentos que são consumidos. Como saber se aquilo que as pessoas ingerem todos os dias ainda pode ser considerado um alimento, ou se já está mais próximo de um veneno, trazendo mais malefícios do que benefícios ao corpo humano?

E, para somar a todas essas preocupações: até que ponto é certo interferirmos na natureza do planeta em que residimos, com o intuito de atender à necessidade mundial por comida? A ação humana, empregada de maneira tão doentia e desenfreada, tem a legitimidade de usufruir do meio-ambiente como bem entender, sem nunca pensar nas consequências dos seus atos? Ou seria mais viável desenvolver hábitos que prezem pela responsabilidade e pela sustentabilidade, para que, de tal modo, as gerações futuras possam desfrutar daquilo que está a caminho de ser destruído?

O presente trabalho, portanto, objetivou analisar, tendo sempre em mente o Direito Humano à Alimentação Adequada, o impacto que as indústrias alimentícias, aliadas à cultura da alimentação ocidental, estão causando no mundo pós-moderno, através de uma pesquisa bibliográfica, que analisará os mais diversos artigos científicos, legislações e dados.

No segundo capítulo, foi feita uma contextualização, na esperança de explicar ao leitor quais são os hábitos alimentares do mundo ocidental, suas características mais chamativas, e alguns dos impactos mais evidentes gerados por eles.

No terceiro capítulo, observou-se como a alimentação ocidental afeta a saúde das pessoas e, posteriormente, foi analisado como isso está interligado com a persistência da fome no mundo contemporâneo.

No quarto capítulo, estudou-se alguns dos impactos desses hábitos alimentares no meio-ambiente.

2 | DA SITUAÇÃO DO CONSUMO

Antes de adentrar nos tópicos mais cruciais do assunto, é fundamental explicar como a humanidade chegou na situação atual, tendo em vista as dificuldades que as pessoas encontram para entenderem o espectro social em que estão inseridas, sendo este resultante de processos históricos e fatores exteriores ao indivíduo isolado.

Com a expansão da cultura americana desde meados do século passado, houve, em boa parte do mundo, uma transformação de valores e culturas, sendo que os hábitos

alimentares não ficaram de fora de tais mudanças. Os denominados *fast foods* encontraram suficiente popularidade para que se encaixassem dentro de várias cidades, trazendo com eles um novo estilo de vida, que é marcado pelo alto consumo de alimentos riquíssimos em calorias, açúcares, gorduras e carnes. Historicamente, a carne sempre ocupou uma posição de destaque nas diferentes culturas, sendo o equivalente a um produto que indica poder econômico e status social (RIBEIRO; CORÇÃO, 2013, p. 432). É interessante ressaltar que o elo da carne com a humanidade possui, dependendo da visão adotada, raízes mais profundas e mais desgostosas do que a pessoa média costuma pensar, como é possível constatar ao ler a posição de Elisiane Corá (2019, p. 37), ao relacionar a cultura da carne com a luta feminista:

> Essa dominação cultural condiciona o modo como defendemos o consumo da carne como um item essencial na alimentação humana, isso inclui associar que a carne é um alimento propriamente masculino, o significado de comer carne está ligado com a relação de masculinidade dominante perante gênero e espécie.

Entende-se, portanto, que se trata de um assunto enraizado na mente das pessoas ao longo de séculos, ou até mesmo milênios, e que, com a modernização das técnicas de produção, a carne se transformou em um item considerado indispensável, rebaixando o apreço das pessoas por refeições que não a possuam. Tal preconceito relaciona-se com a crença popular de que a carne é imprescindível para que uma pessoa se torne ou se mantenha forte, em função da alta quantidade de proteínas encontradas nesse produto.

Embora, individualmente, as pessoas encontrem dificuldades para medirem o tamanho do próprio consumo de carne, quando trazemos os dados referentes à coletividade, percebe-se que há um problema na sociedade atual. Apenas no Brasil, os frangos criados para consumo ultrapassam anualmente os cinco bilhões (CORÁ, 2019, p. 27). Para se ter uma ideia da imensidade desse número, existem mais galinhas sendo criadas para o abate no Brasil do que existem seres humanos nas Américas, na África, na Oceania e na Europa somados, o equivalente a pouco mais de 3 bilhões (DUFFIN, 2019).

O incômodo gerado por uma criação de animais tão massiva transcende inúmeras fronteiras, ao instigar o levantamento de questões reflexivas; quando 56 bilhões de animais são mortos anualmente para o consumo humano (CORÁ, 2019, p. 20), não é ilógico constatar que um número deveras expressivo traga problemas sérios para a ordem natural das coisas. A humanidade impôs um desequilíbrio na natureza, que embora seja um feito recente, já está trazendo complicações palpáveis. No tocante ao uso de terras para a criação e alimentação de todos esses animais, os reveladores dados já foram mostrados por Hannah Ritchie e Max Roser (2020):

> If we combine pastures used for grazing with land used to grow crops for animal feed, livestock accounts for 77% of global farming land. While livestock takes up most of the world's agricultural land it only produces 18% of the

world's calories and 37% of total protein[1]

Esta criação maciça de animais, que ocupa quase toda a terra disponível, apenas existe, logicamente, pois há uma demanda equivalentemente maciça. Percebe-se, então, que o mundo contemporâneo se desenvolveu de tal maneira a ponto de transformar as sociedades em verdadeiros rebanhos de consumo. Cada centímetro de telas e das cidades está coberto por anúncios chamativos e coloridos, competindo pela atenção dos consumidores. O grande ponto chave da relação de consumo encontra-se justamente nos produtos alimentícios. Dado que todos os seres humanos precisam comer diariamente, além de várias vezes em um único dia, uma das formas mais eficientes para criar um vínculo com seus compradores é oferecê-los comida.

3 | DA SAÚDE

É fato que os seres humanos já vêm prestando atenção a determinados direitos que são considerados essenciais à sua própria existência e convivência em sociedade. Desde antes da Revolução Francesa, é possível observar a importância que muitos homens deram a conceitos fundamentais, como a vida, a liberdade e a igualdade. Estas três palavras foram e são motivos de disputas, guerras e sangue derramado ao redor de todo o mundo, pois não são poucos aqueles que entenderam o quão crucial é garantir o mínimo para si mesmo, o mínimo para preservarem a própria dignidade.

Curiosamente, no entanto, muitos falham em entender que a vida, um desses conceitos básicos, está interligada a um outro direito. A vida e a saúde são eternas companheiras. Se a saúde falta, muito provavelmente a vida será perdida. O pilar da sobrevivência reside na consciência de que, para alcançar o seu fim supremo (sobreviver), faz-se crucial a preservação da saúde. E isto traz a questão: como manter uma boa saúde? Parte da resposta já foi esclarecida por Richi, et al. (2015, p. 70), quando analisou o impacto do consumo de carnes "[...] *recent evidence from the epidemiologic literature suggests that the increasing consumption of red meat, especially in its processed forms, may have adverse health effects* [...]"[2]. A partir daqui, consegue-se traçar um elo entre a saúde e a alimentação, uma ligação indissociável entre essas duas determinantes da vida. Se alguém busca vida, deve cuidar da própria saúde; e, se esse alguém está buscando saúde, então deve vigiar a própria alimentação.

As informações começam a se tornar preocupantes quando, analisando os dados fornecidos pela Organização Pan-Americana da Saúde (2018), percebe-se que a cardiopatia isquêmica, somada ao acidente vascular cerebral, foram a causa de quase um terço das mortes, em escala global, no ano de 2016, e tais enfermidades têm liderado como as

1 Se combinarmos as terras usadas para pastagem com a terra usada para o cultivo de alimentos para animais, o gado usa 77% das terras agrícolas globais. Embora o gado ocupe a maior parte das terras agrícolas do mundo, ele produz apenas 18% das calorias mundiais e 37% das proteínas totais

2 [...] evidências recentes da literatura epidemiológica sugerem que o aumento do consumo de carne vermelha, especialmente em sua forma processada, pode ter efeitos adversos na saúde [...]

principais causas de morte nos últimos 15 anos. Analisando os dados em âmbito nacional, descobre-se que a situação não está nem um pouco diferente no Brasil; as doenças cardiovasculares são, de acordo com o Fórum de Doenças Cardiovasculares (2017), a principal causa de mortalidade no país, ceifando, anualmente, 350 mil vidas brasileiras.

Quanto mais se debruça sobre o funcionamento da sociedade pós-moderna, mais evidente se torna que um problema latente emerge ao horizonte. Os hábitos das pessoas, principalmente os alimentares, estão cavando suas próprias covas. As principais doenças que assolam estes tempos são enfermidades relacionadas ao consumo exacerbado; aquele consumo excessivo de alimentos altamente calóricos, que soterram as pessoas com seus açúcares e gorduras, na tentativa de viciar e causar o máximo possível de prazer, ainda que tal sensação custe aquilo que não deveria ter preço: a vida humana.

Os fatos anteriormente mencionados apontam, inclusive, que, quando consumida em grandes quantidades, a carne não faz bem para o organismo humano. Mas o que pode ser considerado grandes quantidades? O privilégio da carne como a parte principal da refeição ocidental se tornou algo tão banal e corriqueiro que a maioria das pessoas não percebe que este tão mencionado excesso, na verdade, não se refere a quantidades exorbitantemente absurdas do produto animal. À pretexto de ilustração desta linha de raciocínio: ingerir 50g de carne processada por dia aumenta as chances de desenvolver câncer colorretal em 18%, ao passo que ingerir 100g de carne vermelha não-processada aumenta em 17% (CHAN, et al, 2011). Tais quantidades podem equivaler a uma única refeição com carne ao dia.

A dieta é o elemento mais essencial para que se consiga uma vida saudável. Embora seja comum que as pessoas atribuam o alto índice de casos de câncer à genética, pesquisas apontam que a alimentação afeta profundamente as chances de se adquirir essa enfermidade. É o que sugere o site da World Health Organization (2020):

> Dietary modification is another important approach to cancer control. There is a link between overweight and obesity to many types of cancer such as oesophagus, colorectum, breast, endometrium and kidney. Diets high in fruits and vegetables may have an independent protective effect against many cancers[3]

A carne vermelha é rica em gorduras saturadas, e seu consumo excessivo pode trazer complicações ao corpo, como a diabete, doenças cardiovasculares e, possivelmente, inúmeros tipos de câncer. A própria World Health Organization (2015) entendeu, através de estudos que forneceram suficientes evidências, que carnes processadas (salsichas, bacon, linguiça...) possuem substâncias cancerígenas. A carne vermelha não se encontra em uma posição muito mais favorável, tendo em vista que é colocada na lista de possíveis causadores de câncer, embora pesquisas mais aprofundadas ainda sejam necessárias

3 A modificação da dieta é outra abordagem importante para o controle do câncer. Existe uma ligação entre o sobrepeso e a obesidade com muitos tipos de câncer, como esôfago, colo do útero, mama, endométrio e rim. Dietas ricas em frutas e vegetais podem ter um efeito protetor independente contra muitos tipos de câncer

para ser verificada a veracidade de tal suspeita.

Tais práticas das sociedades atuais, que colocam a vida das pessoas em risco ao serem oferecidas incessantemente produtos envenenados de gorduras, açucares e quantidades excessivas de carne, podem ser, sem a necessidade de muita ginástica mental, interpretadas como perigos à preservação de inúmeros direitos, dentre eles, o Direito Humano à Alimentação Adequada, previsto no artigo 25, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A urgência desta discussão é estratosférica; as doenças relacionadas aos excessos já são, como foi mostrado anteriormente, a principal causa de morte desde o início deste século. Se um indivíduo pretende defender os direitos mais importantes que os seres humanos têm, é crucial que se atente aos fatos relacionados à alimentação.

Como agravante de todos esses problemas, tem-se a questão da fome. Estima-se que o mundo já produz comida suficiente para alimentar cada ser humano, sobrando ainda mais comida para alimentar metade do mundo novamente, durante o expressivo tempo de meio século (PERRONI, 2019). Em suma, a humanidade é capaz de colocar comida na mesa de 10 bilhões de pessoas, sem qualquer dificuldade no tocante à produção. Entende-se, portanto, que a razão da fome persistir no mundo não é resultado de uma suposta falta de alimentos produzidos, mas, sim, uma má distribuição, uma distribuição que desfavorece aqueles que mais necessitam. Analisando mais a fundo, vê-se que uma média de 40% da produção de alimentos é desperdiçada, principalmente porque a produção chegou a níveis tão absurdos que o mercado consumidor não consegue absorvê-la inteiramente, antes que os alimentos estraguem e sejam jogados fora (PERRONI, 2019).

Apenas para finalizar este tópico da fome e da saúde, faz-se crucial citar o trabalho de Holt-Gimenéz, et al. (2012) ao ser dito "*In reality, the bulk of industrially produced grain crops [...] goes to biofuels and confined animals feedlots rather than food for the one billion hungry*"[4]. Com esta informação posta à luz, fica evidente que outro aliado para a perpetuação da fome no mundo é a criação exacerbada de animais pela indústria, com a finalidade de transformá-los em carne, ou de obter outras vantagens da exploração animal. Não aparenta ser aceitável ou ético escolher alimentar dezenas de bilhões de animais, deixando que quase um bilhão de seres humanos (FAO, 2019) vivam sob as garras da fome. A produção em massa de carne, sob esta ótica, não é viável, pois a maior parte dos grãos são destinados ao consumo dos animais, sendo que a carne destes é muito mais cara, muito menos abundante e menos saudável do que os próprios grãos necessários para produzi-la.

4 | DO MEIO-AMBIENTE

Para iniciar este tópico, é interessante trazer primeiramente um pensamento sobre o qual refletir: tudo aquilo que o homem não vê, com aquilo o homem não se preocupa. Em um mundo onde 55% da população mundial vive em áreas urbanas (ONU, 2019), torna-se

4 Na realidade, a maior parte das safras de grãos produzidos industrialmente [...] vai para os biocombustíveis e os animais confinados, em vez de ser alimento para um bilhão de famintos

difícil para que as pessoas criem laços com a natureza, principalmente quando aquelas estão perdidas dentro dos mares de concreto. Tal desconexão, ou até mesmo ignorância, em relação à verdadeira essência do planeta Terra cria uma situação na qual as pessoas não desenvolvem uma completa consciência do impacto que suas escolhas mais simples causam; e um dos impactos mais significativos feitos pelas pessoas ao meio-ambiente deriva dos seus hábitos alimentares, como será mostrado adiante.

A indústria da carne produz, apenas com a criação de gado, 18% de todos os gases do efeito estufa emitidos pela ação humana, uma porcentagem maior do que a produção de ditos gases por todo o setor do transporte (TUOMISTO; MATTOS, 2011).

Os problemas das práticas atuais de criação de animais, logicamente, não se limitam apenas aos poluentes liberados nos ares. Elisiane Corá (2019, p. 31) esclarece algumas das diversas consequências perpetuadas por tais práticas:

> O maior aliado da degradação ambiental são os confinamentos intensivos, o grande número de animais armazenados dentro de um ambiente insalubre causa não só problemas para os trabalhadores diretos dos frigoríficos, mas também, todo o lixo químico e os restos mortais dos animais são descartados de forma irregular e com descaso, fazendo com que toda a substância tóxica dessas instalações seja transmitida pelo ar, pela terra e inclusive pela água.

Faz-se crucial apontar que as ações individuais possuem peso e relevância na determinação do destino de problemas dessas escalas. Um único quilo de carne produzido, por exemplo, lança à atmosfera 60kg de gases que contribuem para o efeito estufa; enquanto um quilo de ervilhas, por outro lado, produz meramente um quilo desses gases (RITCHIE; ROSER, 2020). Fica evidente, pois, que a redução individual do consumo diário de carne possui impactos relevantes na natureza, não apenas por reduzir drasticamente a emissão de gases poluentes na atmosfera, mas, também, por reduzir o altíssimo consumo de água que a indústria da carne exige para se manter viva. De acordo com a organização *People for the Ethical Treatment of Animals* (2020), enquanto são necessários aproximadamente 1800 litros de água para se produzir um quilo de trigo, para produzir essa mesma quantidade de carne, gasta-se mais do que o quíntuplo de água. De fato, um estudo (PIMENTEL; PIMENTEL, 2003) concluiu que:

> Both the meat-based average American diet and the lactoovovegetarian diet require significant quantities of nonrenewable fossil energy to produce. [...] However, the meat-based diet requires more energy, land, and water resources than the lactoovovegetarian diet.[5]

Esta questão ambiental é uma discussão historicamente recente, mas não menos importante do que os demais direitos inerentes aos seres humanos. Sem natureza, não há vida que prospere. É de extrema importância que a água, assim como a fauna e a flora,

5 Tanto a dieta americana média à base de carne quanto a dieta lactoovovegetariana requerem quantidades significativas de energia fóssil não renovável para serem produzidas. [...] No entanto, a dieta à base de carne requer mais energia, terra e recursos hídricos do que a dieta lactoovovegetariana.

seja preservada, não apenas em prol das gerações atuais, mas também pensando nas gerações que ainda estão por vir, pois elas possuem o direito, assegurado pelo artigo 225 da Constituição Federal de 1988, ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado: o direito de adentrarem um mundo que não esteja à beira do colapso em razão das ações humanas.

5 | CONCLUSÃO

Após dito tudo isso, pode-se concluir que, na era pós-moderna, nesta sociedade dos excessos, um novo desafio surgiu, tomando a forma dos maus hábitos alimentares das pessoas de cultura ocidental. Tal imprudência nas escolhas cotidianas a respeito de que comida colocar sobre a mesa da própria casa trouxe um verdadeiro rastro de morte, como foi neste trabalho constatado ao analisar o alto número de mortes ocasionado por doenças ligadas aos excessos alimentares. A fome, como foi visto, não está relacionada à uma suposta baixa produção de alimentos, mas, sim, à sua má distribuição, pois boa parte é desperdiçada ou entregue aos animais, cujo um dos únicos fins é serem transformados em carne, para saciar a gula humana.

Os seres humanos, infelizmente, não são os únicos prejudicados por tais ações; o meio-ambiente sofre mazelas imensas, em razão da quantidade absurda de gases do efeito estufa liberados pela indústria da carne, além dos enormes prejuízos decorrentes do estratosférico uso de água pela dita indústria. Percebe-se, portanto, que essa insustentável cultura que glorifica a carne está matando, também, o planeta sobre o qual cada ser humano viveu, vive e viverá. Levando em consideração o tanto de terra já usada pela indústria da carne e o crescimento contínuo da população humana mundial, é razoável concluir que, muito em breve, será fisicamente impossível para a Terra conseguir sustentar a crescente demanda por carne; o que é possível é a mudança, uma mudança altruísta, que objetive permitir às gerações futuras desfrutarem de um planeta tão saudável quanto as pessoas que pisarão o seu solo. Além do mais, existem os direitos assegurados a todos os humanos, direitos que defendem a qualidade de vida, saúde, boa alimentação e um meio-ambiente ecologicamente equilibrado; se tais direitos estivessem sendo efetivamente protegidos, o mundo não estaria sobre a esteira da morte, como está no presente momento.

REFERÊNCIAS

10 principais causas de morte no mundo. Site PAHO.org, maio 2018. Brasília – DF. Acesso em: 27 ago. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5638:10-principais-causas-de-morte-no-mundo&Itemid=0

2017, III Fórum de Doenças Cardiovasculares. Site ladoaladopelavida.org. Acesso em: 28 ago. 2020. Disponível em: https://www.ladoaladopelavida.org.br/forum-doencas-cardiovasculares

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988. Acesso em: 01 set. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

CANCER prevention. Site WHO.int. Acesso em: 31 ago. 2020. Disponível em: https://www.who.int/cancer/prevention/en/

CHAN, Doris S. M.; LAU, Rosa; AUNE, Dagfinn; VIEIRA, Rui; GREENWOOD, Darren C.; KAMPMAN, Ellen; et al. **Red and Processed Meat and Colorectal Cancer Incidence: Meta-Analysis of Prospective Studies**. PLoS ONE 6(6): e20456, 06 jun. 2011. Acesso em: 07 set. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1371/journal.pone.0020456

CORÁ, Elisiane Azambuja. **ABOLICIONISMO ANIMAL: ASPECTOS ÉTICOS SOB UMA PERSPECTIVA AMBIENTAL E SOCIAL.** Ijuí, RS: Unijuí, Universidade do Noroeste do Rio Grande do Sul, 2019. Acesso em: 11 ago. 2020. Disponível em: https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/6183/Elisiane%20Cor%c3%a1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Site das NaçõesUnidas.org, 2018. Acesso em: 19 ago. 2020. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf

DUFFIN, Erin. **Distribution of the global population 2019, by continente**. Site Statista.com, 20 set. 2019. Acesso em: 31 ago. 2020. Disponível em: https://www.statista.com/statistics/237584/distribution-of-the-world-population-by-continent/

F, Saskia. **10 shocking stats about water and meat-eating**. Site PETA.org.uk, 22 abr. 2020, Cannon Place, 78 Cannon Street, London, EC4N 6AF. Acesso em: 06 set. 2020. Disponível em: https://www.peta.org.uk/blog/10-shocking-stats-about-water-and-meat-eating/

HOLT-GIMÉNEZ, Eric; SHATTUCK, Annie; ALTIERI, Miguel; HERREN, Hans; GLIESSMAN, Steve. **We Already Grow Enough Food for 10 Billion People … and Still Can't End Hunger**, Journal of Sustainable Agriculture, 2012, 36:6, 595-598, DOI: 10.1080/10440046.2012.695331. Acesso em: 02 set. 2020. Disponível em: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10440046.2012.695331?journalCode=wjsa20

ONU prevê que cidades abriguem 70% da população mundial até 2050. Site News.UN.org, 19 fev. 2019Acesso em: 06 set. 2020. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660701#:~:text=Segundo%20a%20ONU%2C%20atualmente%2055,implementando%20processos%20de%20pol%C3%ADticas%20descentralizadas.

PERRONI, Eva. **Feeding the world without destroying it**. Site civileats.com, 10 jan. 2019. Acesso em: 29 ago. 2020. Disponível em: https://civileats.com/2019/01/10/feeding-the-world-without-destroying-it/

PIMENTEL, David; PIMENTEL Marcia. **Sustainability of meat-based and plant-based diets and the environment**, *The American Journal of Clinical Nutrition*, Volume 78, Issue 3, September 2003, Pages 660S–663S. Acesso em: 06 set. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1093/ajcn/78.3.660S

Q&A on the carcinogenicity of the consumption of red meat and processed meat. Site WHO.int, 26 out. 2015. Acesso em: 27 ago. 2020. Disponível em: https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-on-the-carcinogenicity-of-the-consumption-of-red-meat-and-processed-meat

RIBEIRO, Cilene da Silva Gomes; CORÇÃO, Mariana. **O CONSUMO DA CARNE NO BRASIL: ENTRE VALORES SÓCIOS CULTURAIS E NUTRICIONAIS**. **DEMETRA: Alimentação, Nutrição & Saúde**, [S.l.], v. 8, n. 3, p. 425-438, nov. 2013. ISSN 2238-913X. Acesso em: 02 set. 2020. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/demetra/article/view/6608/7055

RICHIE, Evelyne Battaglia; BAUMER, BeatricE; CONRAD, Beatrice; SCHMID, Roger Darioli, Alexandra; KELLER, Ulrich; em nome da Federal Commission for Nutrition, Zurich, Suíça. **Health risks associated with meat consumption: a review of epidemiological studies**, Int. J. Vitam. Nutr. Res. 85 (1 – 2) © 2015 Hans Huber Publishers, Hogrefe AG, Bern, Suíça, 29 abr. 2015. Acesso em: 07 set. 2020. Disponível em: https://econtent.hogrefe.com/doi/pdf/10.1024/0300-9831/a000224

RITCHIE, Hannah; ROSER, Max. **Environmental impacts of food production**. *Publicado no site da OurWorldInData.org, 2020.* Acesso em: 21 ago. 2020. Disponível em: https://ourworldindata.org/environmental-impacts-of-food

TUOMISTO, Hannah L.; MATTOS, M. Joost Teixeira. Environmental Impacts of Cultured Meat Production. *Environmental Science & Technology,* **2011,** *45* (14), 6117-6123. DOI: 10.1021/es200130u. Acesso em: 02 set. 2020. Disponível em: https://pubs.acs.org/doi/abs/10.1021/es200130u

WORLD hunger is still not going down after three years and obesity is still growing – UN report. Site FAO.org, 15 jul. 2019. Acesso em: 30 ago. 2020. Disponível em: http://www.fao.org/news/story/en/item/1200484/icode/

CAPÍTULO 18

A OBJEÇÃO DA CONSCIÊNCIA NO EXERCÍCIO DA MEDICINA: ANÁLISE DA INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ E O DIREITO HUMANO À VIDA

Data de aceite: 25/03/2021

Marco Augusto Ghisi Machado
Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)
Juiz de Direito (TJSC)

Regiane Nistler
Universidade Estácio de Sá (UNESA)
Oficial Interventora junto ao Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Campos Novos/SC

RESUMO: O presente estudo objetivou investigar a objeção de consciência no exercício da medicina, delimitando-se a uma situação específica e estabelecendo a seguinte problemática: quais os limites da objeção de consciência do médico na negativa de realização ou de colaboração nos procedimentos de interrupção de gravidez? Necessário constar que, no direito brasileiro, o aborto só é permitido em casos de estupro, risco iminente de morte para a mãe e gestação de feto anencefálico. Ao médico, está assegurado o direito à objeção de consciência, ainda que com restrições à sua prática, pois o mesmo não deve colocar em risco a vida de terceiro. Concluiu-se o profissional de medicina não é obrigado a fornecer serviços que contradizem sua consciência, com exceção dos casos de urgência ou de emergência ou quando a recusa pode prejudicar a saúde do paciente. O método de abordagem utilizado neste trabalho foi o dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Objeção de consciência. Profissão médica. Direito à vida. Aborto.

THE CONSCIOUSNESS OBJECTION IN THE EXERCISE OF MEDICINE: ANALYSIS OF PREGNANCY INTERRUPTION AND THE HUMAN RIGHT TO LIFE

ABSTRACT: The present study aimed to investigate the conscientious objection in the practice of medicine, limiting itself to a specific situation and establishing the following problem: what are the limits of the physician's conscientious objection in the refusal to perform or collaborate in pregnancy termination procedures? It is necessary to state that, under Brazilian law, abortion is only allowed in cases of rape, imminent risk of death to the mother and pregnancy of an anencephalic fetus. The doctor is assured the right to conscientious objection, even with restrictions on his practice, as it should not endanger the life of a third party. It is concluded that the medical professional is not required to provide services that contradict their conscience, except in cases of urgency or emergency or when refusal may harm the patient's health. The approach method used in this work was the deductive.

KEYWORDS: Conscientious objection. Medical profession. Right to life. Abortion.

1 I INTRODUÇÃO

A conduta médica exige várias responsabilidades: científicas, técnicas, morais, éticas, sociais, civis, criminais e disciplinares, todas unificadas pelo conceito de responsabilidade médica, entendida como a obrigação de arcar com as consequências de um comportamento, um fato ou um ato médico,

aceito e executado por um profissional médico livremente. Todo esse conjunto de ideias é presidido pela consciência individual, isto é, o conhecimento íntimo do bem a se alcançar e o mal a evitar, ou seja, o conhecimento exato e reflexivo dos assuntos e conteúdos relacionados à saúde.

Por conseguinte, entende-se por objeção de consciência na medicina, a recusa em executar um procedimento medico, direta ou indiretamente cooperar na sua implementação - mesmo que tal procedimento tenha sido aprovado pelas normas legais - por motivos morais, éticos ou religiosos. Essa objeção pode ocorrer no caso de interrupção da gravidez, quando tal procedimento é legalmente autorizado.

Em razão da complexidade das decisões médico-paciente e suas possíveis consequências contra a prática da objeção de consciência, surge a necessidade de um estudo jurídico minucioso sobre o assunto que intenciona o presente trabalho.

Especificamente este estudo objetivou analisar o constitucionalismo e a objeção de consciência, estudando: os direitos fundamentais na perspectiva constitucional; o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida, elencados na CF/88, e o panorama histórico da objeção de consciência.

Em relação à objeção de consciência médica, no procedimento de interrupção da gravidez que é o núcleo do ensaio em tela, verificou-se que o médico pode, conscienciosamente, opor-se a um pedido de aborto. Objeções só podem ser motivadas por crenças particulares, como no caso das crenças religiosas. O médico não pode julgar que a narrativa do estupro não é verídica, uma vez que há uma "presunção de veracidade na palavra da mulher".

Ao alegar a objeção de consciência, o médico deve solicitar autorização para não cumprir a sua obrigação. A mulher deve ser atendida por outro médico. Orientações técnicas do Ministério da Saúde não reconhecem o direito à objeção de consciência, quando existe um risco de morte, quando não há nenhum outro médico ou quando a falta de atenção médica prejudica as mulheres, mas os casos recentes revelam a não-adesão ao critério normativo.

O presente estudo se encerra com as considerações finais em que são sintetizadas as contribuições sobre a objeção de consciência no exercício da medicina nos casos de interrupção de gravidez.

2 I O CONSTITUCIONALISMO E A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

2.1 Os direitos fundamentais na perspectiva constitucional

Desde os primórdios da história, a vida em sociedade quase sempre foi caracterizada por constantes conflitos. O ser humano sempre lutou pela conquista de uma condição melhor e mais digna para sua vida. Lutou, ganhou, perdeu, resistiu, superou os mais diversos obstáculos. Comemorou vitórias e amargou derrotas, mas não desistiu. Das conquistas

surgiram os comportamentos padronizados, que ficaram conhecidos como normas, as quais, além de reconhecer os direitos conquistados, também determinavam deveres.

Na busca da efetividade dos direitos conquistados surge a necessidade de normas válidas, autoaplicáveis, que limitem o abuso de poder pelo próprio Estado. Dentro desse contexto histórico-político surgem os chamados direitos fundamentais no constitucionalismo atual.

A evolução histórica dos direitos fundamentais tem estreita ligação com o surgimento da moderna noção de Estado Constitucional. Nas palavras de Sarlet, resgatando ensinamento da doutrina alemã de Stern:

> [...] a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder. (SARLET, 2012, p. 36).

São inúmeros os conceitos e definições que tentam caracterizar os direitos fundamentais, não havendo sequer uma concordância na expressão a ser adotada. Ora são chamados de direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos fundamentais do homem, como apontado por Alexandre de Moraes. (MORAES, 2013, p. 95).

Contudo, para Moraes (MORAES, 2013, p. 95), “o importante é realçar que os direitos humanos fundamentais se relacionam diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana”, sendo reconhecidos pela grande maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

Os direitos fundamentais possuem aplicabilidade direta, ou seja, não dependem de regulamentação, nem de lei ordinária para serem observados, cumpridos e aplicados. E por se encontrarem num grau superior no ordenamento jurídico, não podem ser objeto de revisão constitucional que tenha como objetivo sua supressão (SILVA, 2008, p. 178-179). No caso brasileiro, são as chamadas cláusulas pétreas. (MORAES, 2013, p. 662).

O ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis. Os direitos fundamentais, pelo seu próprio papel de resguardar e garantir o mínimo necessário para a dignidade humana, encontram-se em posição de primazia sobre todo o ordenamento jurídico, até mesmo dos demais enunciados normativos constitucionais. (SARLET, 2012, p. 100-101).

Assim, de forma sintética, José Afonso da Silva aponta as principais características dos direitos fundamentais (SILVA, 2008, p. 179):

a) imprescritibilidade - não se perde pelo decurso do prazo;

b) inalienabilidade - não há possibilidade de transferência, seja a título gratuito ou oneroso, ou seja, são indisponíveis, intransferíveis e inegociáveis;

c) irrenunciabilidade - não podem ser objeto de renúncia;

d) inviolabilidade - impossibilidade de desrespeito por determinação infraconstitucional ou por ato das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;

e) universalidade - abrange todos os indivíduos independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;

f) efetividade (o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos direitos e garantias), interdependência (as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do ***habeas corpus***, bem como a previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente) e complementaridade (os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas de forma conjunta).

Nesse sentido, anota Sarlet (SARLET, 2012, p. 184) que a própria noção de fundamentalidade deles já os coloca numa posição de supremacia sobre todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, reconhecendo também um regime jurídico privilegiado dos direitos fundamentais dentro do próprio contexto de uma Constituição. Todavia, o autor ressalta que a Constituição admite a existência de direitos fundamentais não escritos e que podem ser deduzidos pelo intérprete ao analisar os direitos fundamentais expressos, bem como os princípios apontados no corpo da Constituição.

Na percepção de Sarlet não teria como a Constituição exaurir em seu texto todos os direitos, bem como mencionar todas as liberdades. Desta forma, cabe a lei ordinária, a doutrina e a jurisprudência complementarem a obra.

> Portanto, não é constitucional apenas o que está escrito no estatuto básico, e, sim, o que se deduz do sistema por ele estabelecido, bem como o conjunto das franquias dos indivíduos e dos povos universalmente consagrados. (SARLET, 2012, p. 184).

Dessa forma, os direitos fundamentais implícitos são aqueles que, apesar de não estarem expressamente delineados no ordenamento jurídico, pode-se dele extrair, nesse sentido, sua existência por intermédio da hermenêutica de seus enunciados ou por comandos normativos.

2.2 A constituição da república federativa do brasil de 1988

A CF/88 traz em seu artigo 1º os cinco fundamentos que deverão nortear os atos do Estado e, por consequência, do ordenamento jurídico por ele produzido.

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos

> Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I – a soberania;
>
> II – a cidadania;
>
> III – a dignidade da pessoa humana;
>
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V – o pluralismo político (BRASIL, CRFB 88).

E aponta, em seu Título II (art. 5º ao 17), um rol bastante extenso dos direitos e garantias fundamentais explicitamente positivados. No entanto, já é entendimento pacificado que, além dos direitos fundamentais estabelecidos no Título II, se admite a existência de direitos fundamentais implícitos no seu texto ou em tratados internacionais. Tal entendimento encontra amparo legal no artigo 5º, § 2º da CF/88:

> Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, CRFB, 88).

É de salutar importância destacar que a CF/88 também previu expressamente, em seu art. 5º, § 1º, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Tal afirmação revela que os direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional para que possam vir a gerar plenitude de seus efeitos. (SARLET, 2012, p. 73).

E a partir desse entendimento, tem-se logrado êxito em, cada vez mais, ampliar o rol dos direitos e das garantias fundamentais, sempre no intuito de conceber uma sociedade mais justa e solidária, dando guarida ao princípio fundamental maior inserido na CF/88: o da dignidade da pessoa humana.

Para maior efetividade dos direitos e garantias fundamentais, a CF/88 traz em seu texto no art. 60, § 4º: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias fundamentais". Dessa forma, tais direitos elevaram-se à condição de cláusulas pétreas, ou seja, os direitos e garantias individuais são limites materiais até mesmo às emendas constitucionais. (BRASIL, CRFB, 88).

2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

A noção de dignidade humana, na filosofia grega, ao mesmo tempo em que diferencia o homem das demais criaturas, o iguala em relação aos demais seres humanos. Nessa esteira, a dignidade encontra-se vinculada à noção da liberdade individual (o homem como ser dotado de liberdade é responsável por seus atos e, como consequência, pelo seu destino) e a ideia de que todos os homens, na sua essência, são iguais em dignidade. (SARLET, 2012, p. 99).

Aparecem as primeiras referências sobre a dignidade humana na Bíblia Sagrada, em seu Antigo e Novo Testamento, ao mencionar:

> […] que o homem foi feito a imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento. (SARLET, 2012, p. 98).

Em meados dos séculos XVII e XVIII, a noção de dignidade humana bem como do direito natural passaram por um processo de racionalização e laicização, mantendo, no entanto, a ideia central de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Corroborando, Sarlet afirma que a concepção de dignidade humana parte da autonomia ética do ser humano, considerando-a como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano não pode ser tratado – nem por ele próprio – como mero objeto. (SARLET, 2012, p. 99).

Foi no período pós-guerra que surgiram vários institutos, entre eles, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, com o fim precípuo de proteger os indivíduos, na sua condição de ser humano de qualquer atrocidade que contra ele pudesse ser cometida. O homem deixa, doravante, de ficar sob o jugo da vontade de outro homem. É desse marco histórico que o princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado de forma expressa na Constituição de vários países.

Nas palavras de Dallari (DALLARI, 1998, p. 72), a Declaração Universal de Direitos do Homem preocupou-se não somente com a afirmação dos Direitos, mas com sua aplicação prática. Para isso dispôs de forma expressa:

> […] com pormenores, algumas exigências que devem ser atendidas para que a dignidade humana seja respeitada, para que as pessoas convivam em harmonia, para que uns homens não sejam explorados e humilhados por outros, para que nas relações entre as pessoas exista justiça, sem a qual não poderá haver paz. (DALLARI, 1998, p. 72).

É nesse cenário que ocorre o reconhecimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na CF/88, a qual lista, em 72 incisos do artigo 5º, os Direitos Fundamentais que irão nortear todo o ordenamento jurídico. Mas o principal valor tutelado, no entanto, está previsto no artigo 1º, inciso III, "o princípio da dignidade da pessoa humana", elencado como Fundamento da República e do Estado Democrático de Direito.

A dignidade é em essência uma qualidade do ser humano tornando-o merecedor de respeito e proteção, não importando a crença, origem, cor ou sexo. Assim, o homem deve ser considerado como um "fim em si mesmo e não como instrumento para alguma coisa." E cabe ao Estado o dever de propiciar às pessoas todas as condições necessárias para que as mesmas se tornem dignas (TAVARES, 2009, p. 581).

Conclui-se, portanto, que o princípio da dignidade humana, como um direito fundamental, constitui-se num valor-guia não apenas para os direitos fundamentais, mas

para toda a ordem constitucional, sendo considerado o princípio constitucional brasileiro de maior hierarquia.

2.4 Direito à vida

Discorrer sobre o direito fundamental à vida é tarefa das mais complexas, pois para falar sobre ele, é necessário adentrar em um campo ainda mais nebuloso, qual seja, conceituar o que é VIDA.

A dificuldade reside no grande número de conceitos encontrados, a depender do ponto de vista abordado, como por exemplo, o religioso, o biológico, o moral, o filosófico, o jurídico, e, ainda, em qual momento histórico está inserido. A palavra vida pode assim ser definida:

> Vida é o estado ou condição dos organismos capazes de desempenhar transformações complexas de moléculas orgânicas (essenciais a atividades funcionais como metabolismo, crescimento e reprodução). Esses seres evoluem por seleção natural e produzem cópias mais ou menos idênticas de si mesmos, transmitindo às gerações seguintes as instruções necessárias para que elas próprias se repliquem ou reproduzam. (BARSA, 2005, p. 371).

No entanto, foi a partir do papado de Pio IX, em 1869, que o momento da fecundação passou a ser adotado como o princípio da vida, ou seja, o encontro do óvulo com o espermatozoide. Essa teoria ainda hoje é sustentada pela Igreja Católica. (FALCÃO, 2015).

Da mesma forma que o Catolicismo adota a concepção como início da vida, diversas outras religiões também têm suas teorias. O Judaísmo afirma que a vida inicia a partir do 40º dia da fecundação. No Islamismo o marco inicial da vida seria o 120° dia posterior à fecundação, quando Alá sopraria a alma no corpo do feto. Já o Hinduísmo parte do pressuposto que a vida começa na fecundação quando a alma e a matéria se encontram, entendimento parecido com o adotado pelo Catolicismo. (FALCÃO, 2015).

A diversidade de teorias existentes demonstra a importância do tema. Sendo o direito à vida um dos pressupostos básicos de todos os demais direitos e liberdades do ser humano, é imprescindível saber o marco inicial, pois é a partir desse instante que a vida encontrará guarida no texto constitucional.

A Constituição Brasileira enumera, em seu art. 5º, o direito à vida, que é seguido da liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (BRASIL, CRFB 88).

É o mais elementar de todos os direitos, sendo visto como verdadeiro pré-requisito para a existência dos demais direitos. A vida é o direito humano mais sagrado, e o homem, pelo simples fato de estar vivo, é dotado de grande valor. Para Mendes e Branco:

> O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 289).

É papel do Estado, ainda, assegurar um padrão mínimo de vida, compatível com a dignidade humana. Nesse âmbito inclui-se o direito à alimentação adequada, à moradia (art. 5º, inc. XXIII), ao vestuário, à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215) e ao lazer (art. 217). (TAVARES, 2009, p. 581).

O direito à vida como princípio constitucional, guarda estreita relação com o direito a uma existência digna e humana, ratificado pelo artigo 1º, inciso III da CF/88.

3 I A OBJEÇÃO DA CONSCIÊNCIA

Sendo a liberdade um princípio inafastável para a concepção de um Estado liberal, a CF/88 dispõe no artigo 5º, inciso III que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Tradicionalmente a liberdade individual era delimitada pela lei, ou seja, podia-se fazer tudo o que a lei não proibisse ou determinasse. Entretanto, nessa linha de entendimento o direito geral de liberdade não se tornava efetivo para os cidadãos, visto que incumbia ao legislador o poder discricionário de editar as regras sobre as "liberdades" da melhor maneira que lhe aprouvesse. (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 19).

No entanto, a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, em interpretação ao artigo 2-1 da Lei Fundamental de Bonn, que dispõe que "todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral", o direito geral de liberdade passa a ser entendido de maneira reforçada, ou seja, passou-se a entender que só uma limitação constitucional poderia limitar outra limitação da mesma natureza e ainda assim, nessa interpretação, deveria se ater como norte o princípio da proporcionalidade. (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 19).

Surge, a partir dessa importante interpretação da Lei Fundamental de Bonn, um novo prisma para a compreensão do princípio geral de liberdade. Doravante os mandados e as proibições legais, que tragam em seu escopo a restrição de liberdade, devem decorrer de valores albergados no texto constitucional, sob pena de serem considerados ilegítimos e consequentemente nulos. (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 20).

A liberdade de consciência está vinculada com a faculdade do indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio em que vive. É a liberdade de crer ou não crer em termos de espiritualidade. O ser humano pode, livremente, optar por uma crença religiosa ou não optar por nenhuma e a ele será assegurado que não sofrerá qualquer tipo de sanção ou discriminação pelas suas escolhas.

Acreditar no que quiser é um direito intrínseco a cada ser humano. A consciência é foro íntimo e inviolável. Faz parte do ser humano ter suas próprias ideias, convicções

e crenças. A consciência é a noção da própria realidade do indivíduo, é o conhecimento do seu próprio interior. Já a consciência moral resulta do conceito do bem e do mal, do certo e do errado, de deveres e obrigações. É por intermédio dela que os seres humanos determinam suas ações e suas escolhas e fazem uso de sua liberdade (GIMENES, 2005, p. 30). Segundo a enciclopédia Barsa:

> A consciência constitui a própria essência do ser humano. O termo consciência designa os processos internos que determinam níveis complexos do comportamento. Sobre sua natureza, distinguem-se duas perspectivas: a animista e a fisiológica ou mecanicista. A primeira insiste no sentido não-físico desses processos, e a segunda identifica-os com atividades cerebrais. (BARSA, 2005, p. 359).

Objetar significa ser contrário a algo, opor-se, recusar. A expressão *objeção de consciência* tem sido empregada para definir os casos em que o indivíduo, por alguma convicção, recusa-se a praticar determinado ato. Na definição de Mendes e Branco, a objeção de consciência consiste "na recusa em realizar um comportamento prescrito, por força de convicções seriamente arraigadas no indivíduo, de tal sorte que, se o indivíduo atendesse ao comando normativo, sofreria grave tormento moral." (MENDES; BRANCO, 2012, p. 357).

Ressalta-se que a atitude de insubordinação não decorre de mero capricho, tão menos de interesse mesquinho. Para ser válido, é necessário tratar-se de insuportável violência psicológica. "A conduta determinada contradiz algo irrenunciável para o indivíduo". (MENDES; BRANCO, 2012, p. 357). Obedecer aos princípios em que acredita é condição vital de sua existência. Do ponto de vista de Rogério Carlos Born:

> A objeção de consciência é o direito fundamental que permite que qualquer cidadão se recuse a cumprir determinado dever a todos imposto quando a exigência contrariar as suas crenças e convicções, podendo o Estado obrigar-lhe a uma prestação substitutiva, se houver autorização expressa na norma hipotética fundamental. Em outras palavras, é o direito individual de oposição ao cumprimento de leis, atos normativos e disposições privadas que causem aversão, constrangimento ou ojeriza ao destinatário em razão de conflito com seus dogmas e valores pessoais. (BORN, 2014, p. 59).

Já para Bruno Heringer Júnior - "é possível conceituar a objeção de consciência como o comportamento, geralmente individual e não violento, de rechaço, por motivo de consciência, ao cumprimento de dever legal". (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 43). Busca alcançar isenção pessoal, a qual pode, ou não, vir a ser reconhecida pela ordem jurídica.

Para o autor Português Francisco Pereira Coutinho, a objeção de consciência é um direito constitucionalmente protegido:

> Que se traduz no não cumprimento de obrigações e no não praticar atos previstos legalmente, em virtude de as próprias convicções do sujeito o impedir de cumpri-las, sendo que estes atos e incumprimentos estão isentos de quaisquer sanções. (COUTINHO, 2015, p. 10).

Gimenes destaca três importantes características para caracterizar a objeção de consciência. A primeira e principal característica reside na recusa ao cumprimento de uma norma jurídica, ou na submissão à diretriz de uma autoridade pública ou então na rejeição de uma proposta ou comportamento imposto por parte do Estado. Sem sombra de dúvida, essa é a característica mais notória e com certeza a mais polêmica. O segundo requisito apontado é que essa rejeição ou recusa ao cumprimento de norma jurídica deverá ser fundamentada em razões de foro íntimo do objetor. E por último destaca-se a não utilização da violência como meio de atuação. (GIMENES, 2005, p. 32)

Não se deve, no entanto, confundir a objeção de consciência com a desobediência civil. O marco divisório é muito tênue, pois ambas pressupõem o descumprimento de uma norma jurídica ou medida coercitiva. No entendimento de Heringer Júnior, a desobediência civil:

> É um comportamento coletivo, ou seja, uma ação ilegal pública e não violenta, que apela a sentimentos de justiça com o objetivo de modificar alguma lei ou política governamental, mas ainda respeitando a ordem jurídico-constitucional. (HERINGER JUNIOR, 2007, p. 36).

Corroborando para a diferenciação entre as figuras da objeção de consciência e desobediência civil António Damasceno Correia esclarece:

> A desobediência civil representa a manifestação de um fenômeno ilegal e desautorizado pelo Poder Público, enquanto a objeção de consciência é pautada na legalidade e previsão normativa; a desobediência civil se refere a um objetivo público e a objeção de consciência a um motivo de foro íntimo; a desobediência civil tem a finalidade de encorajar publicamente o descumprimento de lei, enquanto a objeção de consciência não visa a influência de qualquer cidadão; a desobediência civil tem a intenção de revogar ou modificar uma lei ou uma ordem enquanto a objeção de consciência visa a realização de uma exigência interna ou de um interesse próprio. (CORREIA, 1993, p. 27).

Em síntese, pode-se afirmar que, na objeção de consciência, o objetor se volta contra uma norma legal, legítima e moral, mas incompatível com seus princípios, enquanto a desobediência civil é uma manifestação coletiva que visa modificar, revogar ou ab-rogar uma norma legal, porém tida como ilegítima ou immoral. (BORN, 2014, p. 134).

A objeção de consciência, no Brasil, encontra seu fundamento constitucional nos artigos 5º, *caput*, incisos III, VI e VIII e no artigo 143, § 1º, todos da Constituição Federal (BRASIL, CRFB 88). Sua origem encontra-se consubstanciada no *caput* do artigo 5º, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, todavia, a previsão expressa está inserida no mesmo artigo, no inciso VI, “é inviolável a liberdade de consciência e de crença” (BRASIL, CRFB, 88). Dessa forma, se todos são iguais, todos podem expressar suas ideias, pensamentos e crenças, desde que os direitos dos outros sejam respeitados.

3.1 A objeção da consciência no exercício da medicina

Primeiro, é importante considerar o que se entende por objeção de consciência médica. Priego Muñoz define como:

> A recusa dos profissionais de saúde em realizar, por razões éticas e religiosas, certos atos que estão juridicamente autorizados. Esta posição é um ato de grande dignidade moral quando as razões dadas pelo médico são sérias, sinceras e constantes, e referem-se a questões sérias e fundamentais. (MUÑOZ, p. 03, 2014).

Dessa sorte, pode-se dizer que a objeção de consciência médica é responsável pela rejeição médica a ações e não a pessoas.

A literatura científica (LEE; SOTELO; CASA,) dispõe que a objeção de consciência médica:

> 1) Sustenta-se na ética médica.
>
> 2) Possui um caráter individual, em que imperativo moral interno prevalece sobre qualquer impacto social.
>
> 3) Expressa-se a título pessoal, o que torna impossível ser invocada por
>
> terceiros.
>
> 4) É formalizada publicamente.

A dissidência envolvendo a objeção de consciência, no domínio dos cuidados de saúde, não pode reivindicar a subversão da ordem normativa e fazer da posição dissidente uma regra geral. Em outras palavras, a dissidência decorrente da objeção de consciência é a objeção contra o regulamento contestado, que continua a ser a referência normativa geral. (GARCIA, 2005). Razão pela qual um clínico objetor não pode proibir que profissionais não objetores pratiquem o ato que motivou a objeção. Isso significa que o médico pode decidir apenas sobre os seus próprios atos, estando vedado a ele fazer de sua vontade uma regra.

No entanto, essa oposição ou discordância não pode ser aplicada de forma indiscriminada. Quando um aborto for necessário, a objeção torna-se inválida, porque o médico não pode abster-se de prestar a assistência médica necessária, sob pena de sua conduta ser caracterizada como crime, tais como homicídio ou lesão corporal (GARCIA, 2007, p. 28). Em relação ao direito brasileiro, por exemplo, há situações em que a interrupção da gravidez é prevista na legislação por acarretar risco iminente à vida da mãe. Dada a situação da saúde pública no país, há momentos em que o médico precisa escolher entre a vida da mãe ou do feto, e a vida da mãe deve prevalecer sobre a do feto. Nesse caso, se não houver outro médico disponível para realizar o procedimento, entende-se que o médico com objeção de consciência em relação ao aborto não pode simplesmente recusar-se a realizar o procedimento, colocando em risco a vida da gestante.

O exercício da objeção de consciência também pode afetar outros direitos legais,

tais como a liberdade individual, especialmente quando o médico aplica tratamento médico contra a vontade do paciente. Conclui-se que, atualmente, a relação médico-paciente é regida pelo princípio da autonomia, tanto o paciente quanto o médico são seres autônomos, com o direito de pensar, refletir e agir de acordo com sua própria vontade e seu livre arbítrio.

3.2 Recusa à interrupção de gravidez

"O termo 'aborto', originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal" (DINIZ, 2014, p. 31). Esse assunto gerou e ainda gera intensa polêmica em todo país face recente decisão, sob forma cautelar, do Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido da realização de interrupção de gestação de anencéfalo, ou seja, feto sem cérebro. Essa decisão trouxe à tona questões jurídicas, morais, sociais e de outras ordens. Para Diniz, a problemática do assunto surgiu:

> Quando o legislador de 1940 editou o Código Penal, manteve a incriminação do aborto, mas segundo a "Exposição de Motivos", atendendo a razões de ordem social e individual, que o legislador penal não pode deixar de atender, introduziu o art. 128, tornando lícito o aborto praticado por médico habilitado, em caso de aborto necessário ou em caso de prenhez resultante de estupro. Ora, é claro que, se o legislador de 1940 regulou hipótese extrema de morte de feto saudável concebido por estupro, procurava-se preservar a saúde psíquica da mulher, e, com muito mais razão, teria contemplado expressamente o aborto eugênico, caso a medicina da época possibilitasse antever as dificuldades advindas com o parto. (DINIZ, 2014, p. 102).

Cabe lembrar que o aborto é produto das práticas realizadas no abortamento, mas teve seu significado ligado ao uso comum e ao tipo penal. Conforme Alves:

> O aborto pode ser estudado a partir de vários aspectos, mas é preciso analisá-lo enquanto conduta criminalizada que apresenta seu conceito primeiramente na Medicina. Desse locus, derivam-se as consequências jurídicas, religiosas e éticas, sendo que as primeiras variam entre países e culturas distintas. Assim, o aborto é a interrupção da gestação com a morte do feto acompanhada ou não da expulsão do produto da concepção do útero materno. A gravidez pode ser interrompida e o feto permanecer no claustro materno. Outras vezes, há expulsão do produto da concepção antes de sua viabilidade no mundo exterior. O feto, neste caso, é incapaz de sobrevida extra-uterina. Para a configuração do crime de aborto não é suficiente a simples interrupção da gestação, com a expulsão do feto, pois este pode ser expulso em condições de sobrevida e, em seguida, ser morto por outra ação punível. A morte do feto é pressuposto essencial para a configuração do aborto. Se, em decorrência da ação abortiva praticada pelo 17 sujeito ativo, a gravidez é interrompida, mas o feto sobrevive, haverá tentativa de aborto. (ALVES, 1999, p. 78).

Por esse conceito pode-se entender como o Código Penal trata essa conduta tipificada, sendo praticada por mulheres que não desejam levar a gravidez a termo. (ALEGRETTI, 2005, p. 90).

O aborto hoje é um dos assuntos mais polêmicos que a Bioética abriga, envolvendo conceitos de vida, morte e religião. Esse tema é bastante controvertido em razão das pesquisas médicas realizadas nessa área. A sua prática por pessoas que não apresentam habilidade profissional para realizar o aborto pode causar graves lesões à mulher, inclusive levando à sua morte. O aborto, por ser punido criminalmente, exceto nos casos em que a lei prevê excludentes de ilicitude, leva mulheres a realizá-lo de forma precária, em ambiente doméstico ou em clínicas clandestinas, para furtarem-se da punição criminal. (ALEGRETTI, 2005, p. 91).

De acordo com o ordenamento jurídico penal, considera-se aborto o provocado pela gestante, ou provocado por terceiro com o seu consentimento (art. 124 do CP), provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art. 125 do CP) ou o aborto provocado com o seu consentimento (art. 126 do CP) e nas formas qualificadas do art. 127 do mesmo diploma legal todas essas prática serão penalmente puníveis. Já os casos previstos no ordenamento jurídico (art.128 do CP) que não constituem ato ilícito são:

> I – em caso de perigo, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante;
> II – quando a gravidez é resultante de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, se incapaz, de seu representante legal. (ALEGRETTI, 2005, p. 91).

Nesse momento, devem ser relevados dois aspectos importantes sobre esse assunto:

> a) O direito brasileiro considera a gravidez um mero fato, que tem limites fisiológicos – a concepção e o início do parto. Há pouca ou nenhuma preocupação com a higidez psicológica da gestante, ou, mesmo, do embrião, como futura pessoa. A angústia pela deformação do próprio corpo, a preocupação se a criança vai nascer sadia, a afetividade, a certeza das deformações diagnosticadas intra-uterinamente, a incerteza sobre que tipo de vida futura a criança vai ter são questões que passam ao largo da abordagem jurídico penal ortodoxa. Fêmeas irracionais parem sem essas preocupações e o tratamento legal visível parece não fazer diferença entre elas e as racionais [...]
>
> b) O bem jurídico tutelado, no caso do aborto, é a vida ou o direito à vida? resposta a essa pergunta deve ser precedida de profunda reflexão. A lei pátria não protege a vida, em seu valor intrínseco ou sagrado, mas o direito ao feto de viver e de continuar vivendo. O tratamento legal indica que o embrião é um sujeito de direito, pois... tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica, além de que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. A discussão é importante, à medida em que alcança o cerne do positivismo jurídico: quem concorda que o embrião é sujeito de direito e, portanto, seus interesses devem ser protegidos adotará o projeto positivista, que não admite a imbricação do direito com a moral e com a política e cujo primado é a lei; quem concorda com a proteção do feto porque a vida é inviolável e tem valor intrínseco e sagrado orientar-se sobre princípios e concorda, via de regra, que o direito é valor social e, portanto, aceita a intervenção direito/moral e direito/política. (ALEGRETTI, 2005, p. 93-94).

Sob essas condições, a mulher na sua gestação passa por diversas modificações físicas, psíquicas e hormonais. As alterações iniciam-se com a gestação, tornando-se mais agudas no final desse período. Assim, nos casos em que o feto apresente anomalias ou que impossibilite a vida, o abortamento deve ser realizado no início da gestação, ou melhor, nos casos em que a mulher optar pelo abortamento, para que o corpo e a mente possam se recuperar mais facilmente do que quando a intervenção é realizada em período tardio. Acredita-se que era essa a "intenção" do legislador em seu artigo 128. (ALEGRETTI, 2005, p. 94).

O Código Civil diz que a personalidade jurídica do indíviduo começa a partir do nascimento dela com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro. Dessa discrepância doutrinária para discutir quando começa a personalidade do ser humano surgindo duas teorias.

A teoria Natalista teve sua origem na doutrina Romana, que não considerava o nascituro como pessoa humana. Para esta, teoria o feto adquire personalidade após o nascimento, e subordina-o à três condições essências; nascimento, vida e a vitalidade (MUTUO; NARLOCH, 2005). Segundo Reinaldo Pereira e Silva:

> A teoria da natalidade é expressão de certa doutrina romana segundo a qual o concepto, nas entranhas maternas, não possui individualidade alguma, sendo apenas uma parte da mulher [...]. Esta teoria, apesar de rechaçada pelas descobertas no campo da embriologia humana, ainda é culturalmente muito influente. (SILVA; LAPA, 2002, p. 106).

Ela é amparada por diversos juristas como Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira e Silvio Venosa, e tal teoria, segundo César Fíuza, é aquela em que: "[...] o nascituro só adquire personalidade após o nascimento com vida" (FIUZA, 2004, p. 117). Silvio Venosa expõe que o nascituro é um sujeito com uma expectativa de direitos. Para ele apenas "[...] há a mera possibilidade ou simples esperanças de se adquirir um direito." (VENOSA, 2005, p. 374). Esta teoria não considera o nascituro como pessoa, mas sim uma mera ficção jurídica.

De acordo com o artigo 2° do CC, "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Fiúza afirma:

> O nascituro não tem direitos propriamente dito. Aquilo a que o próprio legislador denomina "direitos do nascituro"não são direitos subjetivos. São, na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que, por já existir pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir ao nascer. (FIUZA, 2004, p. 114).

A segunda teoria, chamada de Concepcionista diverge da natalista para explicar o início da personalidade do feto. Baseada no direito francês e tendo seguidores como Teixeira

de Freitas e Clóvis Bevilacqua, esta teoria postula que desde o momento da concepção o nascituro é portador de personalidade, e por isso é considerado um ser humano e, dessa forma, um sujeito de direitos. (GONÇALVES, 2008, p. 80).

Os seguidores dessa corrente atribuem direitos ao nascituro, desde o momento da concepção, portanto deve-se reconhecê-lo também como pessoa - tendo em vista que os direitos são atributos exclusivamente as pessoas. Sendo assim, esta corrente entende que o nascituro tem personalidade jurídica sendo sujeito de direitos e, portanto, é pessoa. (SEMIÃO, 2001, p. 35).

Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2008, p.81), tratando da teoria da personalidade, destaca que não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou qualifica-se a capacidade, não a personalidade. Esta é integral ou não existe. Pode- se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa. Portanto, para os adeptos dessa teoria, todo ser que apresenta sinais característicos de ser humano adquire essa capacidade, são pessoas de existência real. Segundo autor Elimar Szaniawski (SZANIAWSKI, 1993, p. 64), as pessoas chamadas de pessoas "por nascer" possuem personalidade e capacidade desde a concepção.

Devemos considerar em que medida a hipótese que defende o debate sobre o aborto é um debate sobre valores intrínsecos e não sobre direitos ou interesses do feto. A contradição principal está nesta que é uma espécie de brecha na lei: em certos casos, como em estupros ou em situações de fetos anencéfalos, alguns juízes já permitiram o aborto.

Ao legitimar certas práticas abortivas, os tribunais caem em contradição e se afastam da moral cristã, visto que esta não aceita o aborto em hipótese alguma. O embasamento dos juristas conservadores acaba por se tornar menos sólido, visto que a lei não se aplica a todo e qualquer caso de gestação. A crise surge na impossibilidade de ser decidido entre quem deve ser privilegiado pela lei: a mulher ou o feto, sendo este o grande conflito entre o direito e a moral. Em sua obra Domínio da Vida, Dworkin expõe:

> Enquanto o debate for colocado nesses termos polarizados, os dois lados não poderão raciocinar em conjunto, pois nada terão sobre o que raciocinar ou ser razoáveis. Um dos lados acredita que o feto humano já é um sujeito moral, uma criança não nascida, a partir do momento da concepção. O outro acredita que um feto recém-concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas de um código genético, e que nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém fertilizado é um frango. Nenhum dos lados é capaz de oferecer um argumento que o outro possa aceitar - não há nenhum fato biológico à espera do ser descoberto, nenhuma analogia moral esmagadora à espera de ser inventada que possa resolver o problema. Trata-se de uma questão de convicções inatas. (DWORKIN, 2003, p. 11-12).

No Brasil, os serviços de aborto legal são unidades de referência no Sistema Único de Saúde (SUS) para o atendimento de mulheres nas situações descritas pela lei. Um

serviço de saúde é reconhecido como uma unidade de referência para o aborto legal por meio de uma decisão do Ministério da Saúde (MS). (BRASIL MINISTERIO DA SAÚDE, 2005).

Os serviços para o aborto legal no SUS foram projetados para cuidar de vítimas de estupro e mulheres em risco de morte, duas situações em que o CP não pune os médicos, nem as mulheres que praticam o aborto. Políticas do MS não restringem a assistência médica em casos de aborto para o setor público. No entanto, presume-se que o aborto será realizado em hospitais públicos devido ao modelo de atenção da equipe multiprofissional e devido à Portaria 1.508/2005, pelo Ministério da Saúde, que regulamenta a assistência para o aborto legal em SUS. (BRASIL, PORTARIA 1508/GM 2005).

O médico pode opor-se a um pedido de aborto. Ao alegar a objeção de consciência, o médico deve solicitar autorização para não cumprir a sua obrigação e a mulher deve ser atendida por outro médico. Orientações técnicas do Ministério da Saúde não reconhecem o direito à objeção de consciência, quando existe um risco de morte, quando não há nenhum outro médico ou quando a falta de atenção médica prejudica as mulheres, mas os casos recentes revelam a não adesão ao critério normative. (DINIZ, 2005).

O novo Código de Ética Médica Brasileiro (CEM Brasileiro) reconhece o direito à objeção de consciência, mas impõe restrições à sua prática: o médico não é obrigado a fornecer serviços que contradizem os ditames de sua consciência, exceto em caso de urgência ou de emergência ou quando a recusa pode prejudicar a saúde do paciente. (BRASIL CFM 2010, p. 4).

Portanto, fica garantido aos médicos e demais profissionais da saúde o direito legítimo de recusar a praticar atos contrários à sua moral, desde que isso não coloque em risco a vida de terceiro. Cabe ao médico, ainda, nas situações em que recusar a realizar o procedimento de aborto dar todas as informações para a paciente, esclarecendo todas as suas dúvidas, inclusive quanto ao dever do Estado em garantir que o método ocorra de forma segura para a gestante. Fica o médico obrigada a encaminhar a paciente para um local onde tenha um serviço habilitado e capacitado para realizar o aborto.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve o propósito de elaborar uma discussão sobre a objeção de consciência na prática da medicina, abordando o caso interrupção de gravidez. Sobre esta temática, conclui-se que cada estado democrático deve estar comprometido com a criação de espaços para a convivência de várias crenças. Existem barreiras significativas e assimetrias na área de reprodução e sexualidade entre os próprios profissionais e entre os profissionais e as mulheres.

Em conclusão, objeção de consciência é um instrumento de grande valor democrático, na medida em que permite salvaguardar a integridade moral de uma pessoa

e colaborar na construção de um pluralismo real. No entanto, devem ser considerados os contextos, práticas e dinâmicas em cada caso, pois o acesso ao aborto legal nos serviços de saúde em que ele está autorizado, é um direito da mulher.

Conclui-se que o médico tem direito à objeção de consciência apenas quando não prejudica a saúde da mulher, quando é possível alocar imediatamente outro profissional de saúde para realizar o procedimento e quando essa objeção não causa atraso na prestação do serviço de saúde ou constrangimento para a paciente.

Sem dúvida, o exercício da objeção de consciência, especialmente no na medicina, é uma questão altamente complexa, porque muitos interesses estão envolvidos em conflito. A ponderação fundamental que ocorre aqui é entre as convicções internas, de caráter religioso, filosófico ou moral dos médicos, e os procedimentos médicos regulamentados de acordo com a legislação de cada país.

A objeção de consciência, na área da saúde, tem uma conotação excepcional e pessoal, por isso não pode servir como uma fonte para a subversão da ordem jurídica existente. Isso pressupõe que tanto o médico quanto o paciente não podem sobrepor seus ideais ao sistema social, mas podem decidir sobre seu próprio corpo (no caso, o paciente) e sua própria atividade (no caso o médico).

Finalmente, cabe citar a responsabilidade criminal do médico, uma vez que o seu exercício pode ter consequências sobre os direitos jurídicos protegidos pelo direito penal, como a vida e a integridade pessoal e liberdade individual.

A discussão assume que não é possível aplicar uma ação de responsabilidade inteiramente objetiva, mas deve haver um julgamento de ponderação entre os vários direitos e deveres de todos os envolvidos no ato médico sob observância de disposições constitucionais, bem como o sistema penal substancial e a ética médica.

REFERÊNCIAS

ALEGRETTI, Carlos Artidorio. **Revisão Crítica do Conceito do Crime de Aborto**: a busca de um consenso possível. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária. São Paulo, v. 3, n. 334, p. 91-116, ago. 2005.

ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Belém: UNAMA, 1999.

BORN, Rogério Carlos. **Objeção de Consciência**. Restrições aos direitos políticos e fundamentais. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.> Acesso em 25 jan. de 2019.

CORREIA, António Damasceno. **O direito à objeção de consciência**. Lisboa: Vega, 1993.

COUTINHO, Francisco pereira. **Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência**. 2001, p.10 Disponível em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Coutinho01. Acesso em: 15 jan. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 1ª ed. (Coleção Polêmica). São Paulo: Moderna, 1998.

DINIZ D, Brum E. **Uma história Severina** [filme]. Brasília: Imagens Livres; 2005.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida, Aborto, eutanásia e liberdades individuais.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FALCÃO, Rafael de Lucena. **Direito à vida: a importância do marco inicial e a incoerência que seria o direito ao aborto no ordenamento jurídico**. Disponível em: <www.egov.ufsc.br.> Acesso em: 15 jan. 2019.

FIÚZA, César. **Direito Civil**. Curso completo. 8 ed. rev., atual., ampla. Belo horizonte: Del Rey. 2004.

GARCÍA FERNÁNDEZ D. Hasta la objeción de conciencia sirve para proteger al embrión humano. **Revista el mundo del abogado**, México. 2007;(104):26-28.

GARCIA, María Cebría. **Objeciones de conciencia a intervenciones médicas**: doctrina y jurisprudencia. Thomson Aranzadi: Pamplona, 2005.

GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue.** Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós- Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2008.

Grande Enciclopédia Barsa. São Paulo: Barsa Planeta Internacional LTDA., vol. 04, 2005.

HERINGER JUNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal:** Justificação e limites. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

LEE, G. M., SOTELO, G.; CASA, O. **La objeción de conciencia en la práctica del médico**. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/rfm/no49-3/RFM49310.pdf.> Acesso em 15 jan. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MUÑOZ B. **La objeción de conciencia**. Disponível em: en: <http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_ temas/objecionConciencia/La_Objecion_ de_Conciencia.pdf.> Acesso em 15 jan. 2019.

MUTUO, Eliza; NARLOCH, Leandro. **Vida**: o primeiro instante. Revista Super Interessante, n. 219., nov. 2005. Disponível em: <http://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante.> Acesso em: 15 de jan. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis e criminais do biodireito**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Reinaldo Pereira; LAPA, Fernanda Brandão. **Bioética e Direitos Humanos**. Florianópolis: OAB/ SC Editora, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. 2 ed São Paulo. Revista dos Tribunais. 1993.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. Editora Saraiva, 7ª edição, São Paulo, 2009.

CAPÍTULO 19

A JUDICIALIZAÇÃO COMO CAMINHO CONTRA A INEFICIÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE: UMA BREVE ANÁLISE DA FILA DE ESPERA POR LAQUEADURAS NO MUNICÍPIO DE JATAÍ/GO

Data de aceite: 25/03/2021
Data de submissão: 04/01/2021

Sirlene Moreira Fideles
Universidade Federal de Jataí-GO
Jataí-GO
http://lattes.cnpq.br/3150212031482662

Luiz Carlos Bandeira Santos Junior
Universidade Federal de Jataí-GO
Jataí-GO
http://lattes.cnpq.br/7468378683352761

Carlos Augusto de Oliveira Diniz
Universidade Federal de Jataí-GO
Jataí-GO
http://lattes.cnpq.br/3127802813505867

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar o caso das cirurgias eletivas de laqueaduras no município de Jataí/GO a fim de compreender como a ausência de judicialização pode gerar a inexistência de atendimento. Para tanto, inicialmente, e por meio de revisão bibliográfica, trataremos da construção do sistema de proteção social brasileiro e como as suas raízes influenciam a eficiência das políticas públicas de saúde mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, assim como a importância da judicialização para a efetivação de políticas públicas em saúde. Posteriormente, em uma análise quantitativa, verificaremos os dados fornecidos pela Secretaria de Saúde do município de Jataí/GO no recorte temporal de 2014 a 2020, que demonstram a ineficiência do atendimento e ausência de judicialização.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas, judicialização da saúde, laqueadura.

JUDICIALIZATION AS A WAY AGAINST THE INEFFICIENCY OF PUBLIC HEALTH POLICIES: A BRIEF ANALYSIS OF THE WAITING LAW FOR TUBAL LIGATION IN THE MUNICIPALITY OF JATAÍ/GO

ABSTRACT: This paper aims to analyze the case of elective tubal ligation surgeries in the city of Jataí / GO in order to understand how the lack of judicialization can generate the lack of assistance. Therefore, initially, and through a bibliographic review, we will deal with the construction of the Brazilian social protection system and how its roots influence the efficiency of public health policies even with the promulgation of the 1988 Federal Constitution, as well as the importance of judicialization. for the implementation of public health policies. Subsequently, in a quantitative analysis, to analyze the data provided by the Health Department of the municipality of Jataí / GO in the time frame from 2014 to 2020, which demonstrate the inefficiency of care and the lack of judicialization.

KEYWORDS: Public policies, judicialization of health, tubal ligation.

1 I INTRODUÇÃO

O sistema público de saúde brasileiro previsto na Constituição Federal de 1988 é o reflexo de revindicações sociais levantadas pelo movimento sanitarista e pela população nas

décadas de 70 e 80. Todavia, em que pese à legislação atual determinar o amplo e irrestrito acesso ao Sistema, a efetivação do direito à saúde é – há tempos – o foco de grandes debates no âmbito jurídico e de políticas públicas. Isso porque existência e eficácia são conceitos distintos e, tratando-se da saúde no Brasil, a presença de uma legislação forte não garante o imediato acesso ao tratamento necessário ao cidadão.

Infelizmente, a naturalização da inacessibilidade ao sistema público de saúde, principalmente pela população de baixa renda é um processo antigo, intimamente ligado à exclusão social "de um contingente de pessoas a rigor dispensáveis, desvinculados dos processos essenciais da sociedade". (SANT'ANA, 2017, p. 203). Somado à inacessibilidade tem-se ainda o desafio à segmentação da oferta de serviços de saúde, com o constante crescimento dos planos privados de saúde.

A dificuldade do tema aumenta quando em conflito com outros direitos fundamentais, como, no caso deste trabalho, o direito à liberdade sexual e reprodutiva de mulheres que buscam a realização da cirurgia de esterilização feminina pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

No presente trabalho trataremos da construção do sistema de proteção social brasileiro e como as suas raízes influenciam a eficiência das políticas públicas de saúde mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, apontaremos como a judicialização é um caminho na efetivação de políticas públicas. Por fim, analisaremos o caso das cirurgias eletivas de laqueadura no município de Jataí/GO para compreendemos como a ausência de judicialização pode ensejar a ausência de atendimento.

2 | O SURGIMENTO DA PROTEÇÃO SOCIAL NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Sistema Brasileiro de Proteção Social (SBPS) integra as políticas públicas e programas governamentais voltados à previdência e assistência social, à alimentação, à saúde, à educação, ao trabalho, à habitação e ao saneamento. Em conjunto, tais políticas buscam fornecer serviços e bens, assim como transferir renda, com "o objetivo de cobertura de riscos sociais, garantia de direitos sociais, equalização de oportunidades e enfrentamento das condições de destituição e pobreza". (CARDOSO JR.; JACCOUD, 2005. p.194).

A formação do SBPS não ocorreu de maneira homogênea; pelo contrário, somente a partir da década de 30 a ação do Estado se voltou para as questões relacionadas à proteção social e cada campo iniciou sua estruturação. Antes do ano de 1930, eram poucos os projetos voltados para alguma das áreas da proteção social. Podemos citar exemplos isolados, como as campanhas de vacinação e obras de saneamento na primeira década de 1900.

Porém, o cenário muda com a promulgação da Constituição de 1934. Resultado dos debates nacionais voltados à "atuação estatal em prol da saúde da população", a Carta de 1934 dispôs sobre a competência concorrente entre União e Estados para o cuidado com saúde e assistência pública. (SANT'ANA, 2017, p. 203). Além disso, determinou ser competência da União o controle de endemias no território nacional.

Em primeira análise a Constituição de 1934 aparentava refletir uma sociedade em busca de melhoria e igualdade; porém, o sistema ali construído absorveu influências racistas adotadas pelas elites intelectuais da época. Segundo Sant'ana (2017) entre 1891 e 1934, os esforços institucionais e acadêmicos se voltavam não apenas para a construção de um sistema de saúde, mas, também, para a formação da própria identidade nacional.

Nesse contexto, o darwinismo social, o evolucionismo social e a teoria das raças foram amplamente difundidos no país, os quais, junto com o fortalecimento da Medicina Social produziram teorias "nos campos médico e jurídico que lidaram com os paradigmas teóricos que condenavam o cruzamento racial para construir o futuro de uma nação que, àquela altura, já era amplamente miscigenada". (SANT'ANA, 2017, p. 205).

Diante da avançada mestiçagem brasileira, nos anos 30, as elites intelectuais alteraram o foco de suas teorias, adotando "pressupostos de diferenças e hierarquia entre as raças, sem, necessariamente, condenar a mestiçagem". (SANT'ANA, 2017, p. 208). Assim, a eugenia, fruto do darwinismo social, ganha espaço e se difunde no país.

> No Brasil, a adoção da visão eugênica orientou a criação de políticas públicas estatais para o progresso da nação que tinham na reforma da saúde um elemento essencial para a melhoria da raça brasileira. A orientação da atuação sob esse paradigma se deu em duas frentes. A primeira, na atuação interna em prol do controle de epidemias nas cidades e da separação entre os doentes e os sãos, ou melhor, entre os regeneráveis e não regeneráveis. A segunda, para promover um processo imigratório, sobretudo do ocidente europeu, com a intenção de purificar a raça e promover a arianização do Brasil.

As práticas eugenistas permearam a construção da legislação nacional, o desenvolvimento do saber médico-científico, a produção jurídica e as ações do Estado nas décadas seguintes. Assistiu-se ao surgimento dos manicômios judiciários, e, ainda, como as instituições voltadas à atenção em saúde mental se tornaram "depósitos" de pessoas "indesejáveis": crianças órfãs, alcoólatras, pobres, negros, prostitutas, mulheres solteiras grávidas, entre outros indivíduos que fugissem do padrão social aceito.

Também nesse período, as práticas de Assistência social eram implementadas pela atuação de entidades privadas de filantropia e caridade, em grande parte ligadas à Igreja Católica e, mesmo quando o Estado assumiu parte da responsabilidade, não o fez na intenção de substituir os projetos estabelecidos no âmbito privado, mas institucionalizá-los através da transferência de recursos. (CARDOSO JR.; JACCOUD, 2005, p. 218). O público-alvo das ações de assistência era composto por aqueles indivíduos excluídos das

relações formais de emprego[1], como deficientes físicos, idosos, crianças, mulheres pobres ou viúvas com filhos pequenos.

Segundo Sant'ana (2017, p. 212-213) o contexto de formação das políticas de saúde no Brasil provocou dois "legados" danosos: "a naturalização do tratamento desigual ou da exclusão de um vasto segmento populacional de subcidadãos, a despeito das normas jurídicas vigentes"; e "a oferta diferenciada dos serviços de saúde aos diversos segmentos da sociedade".

Esses dois legados refletiram, e ainda refletem, na efetivação das políticas de saúde e assistência no Brasil.

Foi apenas no período pré-constituinte, em meados do final da década de 70, que o SUS – Sistema Único de Saúde – brasileiro, nos moldes atuais, teve seus alicerces construídos. A atuação de movimentos sociais, compostos por trabalhadores, estudantes e profissionais que atuavam contra as políticas de saúde autoritárias e privatizantes, buscando a democratização da saúde, foi fundamental.

Um desses movimentos foi construído no CEBES (Centro Brasileiro de Estudos de Saúde), reconhecido como "o primeiro protagonista institucionalizado do movimento sanitário brasileiro", por meio do qual se desenvolveram as primeiras propostas de Reforma e, em 1979, a inédita proposta de criação do SUDS – Sistema Único Descentralizado de Saúde, que posteriormente daria lugar ao SUS, como o conhecemos. (PAIM, 2005, p. 78).

Nesse ínterim, o texto final da Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, reconheceu a saúde como direito de todos e dever do estado, e garantiu a todos o acesso a ações e serviços de promoção, proteção e recuperação. O SUS foi estabelecido, portanto, não apenas como algo programático, mas sim, como uma garantia institucional fundamental.

Ainda de acordo com o texto constitucional (art. 198, CF/88), o SUS foi definido como as ações e serviços públicos que integram uma rede "regionalizada e hierarquizada" de um sistema único, guiado pelas seguintes diretrizes: a descentralização; o atendimento integral; a atenção à saúde preventiva; e a participação da comunidade. Segundo Sarlet e Figueiredo (2014, 2014, p.122) o Sistema, apesar de estabelecer a descentralização das ações, coloca todas sob uma única direção em cada nível de governo. Com isso,

> A garantia de unidade procura superar a multiplicidade de sistemas dos regimes anteriores, caracterizados por graves problemas de igualdade de acesso e de cobertura, não solucionados sequer pela criação do Sistema Nacional de Saúde ou do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde. De outra parte, o princípio da unidade implica que os serviços e ações públicos de saúde, aqui abrangida a saúde complementar (isto é, a assistência prestada por particulares mediante contrato ou convênio com o Poder Público), são pautados por políticas, diretrizes e comando únicos.

A formação do SUS é, sem dúvidas, uma vitória dos movimentos ligados à Reforma Sanitária e à luta pela democratização do acesso à saúde. Infelizmente, porém, os legados

1 Os cidadãos vinculados ao mercado de trabalho possuíam cobertura de saúde e assistência diferenciadas.

da formação do SBPS continuaram a existir e influenciar a efetividade das políticas públicas em saúde, mesmo com a inovação legislativa efetivada pela Constituição Federal de 1988.

3 I JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE

Segundo Sarlet (2014, p. 122), um Estado que se pretenda constitucional deve, essencialmente, integrar os direitos fundamentais à sua estrutura formal e material – ao lado do sistema de governo e da organização do poder. A previsão e o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais são, dessa maneira, “condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito”. (*Ibid*, p. 63). Nesse sentido, “o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente”. (*Ibid*, p. 49).

A positivação de direitos fundamentais permite que os indivíduos se autodeterminem a partir dos ideais de igualdade e dignidade, o que provoca certa “homogeneidade social” e segurança, já que são garantias para a coletividade e não apenas para indivíduos isolados[2].

No Brasil, o constitucionalismo democrático nascido com a promulgação da Constituição Federal de 1988 possibilitou a ação do Judiciário na garantia dos direitos previstos aos indivíduos, vez que “a atuação estatal destinada à oferta dos serviços deixou de ser favor ou concessão” tornando-se, a sua execução, “dever do Estado correspondente ao direito de titularidade do cidadão”. (SANT’ANA, 2018, p. 77).

Porém, o contraste entre a expectativa constitucional para o funcionamento do SUS e a realidade vivenciada pelos usuários foi o ponto de partida para o crescimento da judicialização da saúde no país. Em que pese ser tema extensivamente debatido no âmbito jurídico e acadêmico, a grande maioria das pesquisas voltadas ao fenômeno, segundo Freitas Filho e Sant’ana, estuda a judicialização de forma limitada, se restringindo à revisão bibliográfica e documental.

Para os Autores, o reduzido número de análises empíricas da judicialização impede que a realidade vivenciada por aqueles que dependem do SUS seja verdadeiramente conhecida. Ainda quando realizadas, as pesquisas empíricas, em sua maioria, limitam-se à análise de decisões judiciais voltadas, principalmente, ao fornecimento de medicamentos previstos ou não nos protocolos do Sistema. Referida situação, reforça o senso comum, já difundido, “que condena o acesso à justiça para obter acesso à saúde pública”, vez que esse processo supostamente desestruturaria e desorganizaria o SUS, assim como concederia tratamento diferenciado aos pacientes, retirando a equidade no acesso. (SANT’ANA, 2018, p. 71).

2 “Cumpre frisar, ainda, que a ideia do reconhecimento de determinadas posições jurídicas sociais fundamentais, como exigência do princípio da dignidade da pessoa humana, decorre, consoante leciona Klaus Stern, da concepção de que ‘homogeneidade social’ e uma certa medida de segurança social não servem apenas ao indivíduo isolado, mas também à capacidade funcional da democracia considerada na sua integralidade.” (SARLET, 2018, p. 63).

Infelizmente o “senso comum” acima tratado retira a responsabilidade pela precária prestação dos serviços de saúde dos “ombros” do Estado e a repassa para o indivíduo, tornando-o “culpado” por simplesmente buscar a efetivação de sua cidadania plena. Além disso, a crítica à judicialização desconsidera que grande parte dos indivíduos que recorre à Justiça pertence às classes mais pobres e o faz através da Defensoria Pública, do Ministério Público ou pela Advocacia Dativa.

A análise das condições financeiras e sociais daqueles que buscam efetivar políticas públicas de saúde, por meio da justiça, importa por evidenciar, primeiro, como a segmentação do fornecimento dos serviços de saúde persiste e, segundo, como a demora na prestação do atendimento é naturalmente banalizada no âmbito público.

Freitas Filho e Sant’ana (2016) realizaram estudo empírico voltado à análise da resposta do sistema de justiça nos casos de judicialização de cirurgias ortopédicas eletivas, ajuizadas pela Defensoria Pública do Distrito Federal. Naquela pesquisa os Autores destacaram que o judiciário respondeu de forma diferente aos casos em que existia urgência ou emergência daqueles considerados eletivos.

Tratando das decisões que negaram a antecipação do pedido de tutela para realização dos procedimentos cirúrgicos, Freitas Filho e Sant’ana assinalam que em todos os casos os magistrados “reconhecem que o tratamento deve ser ofertado pelo SUS, mas não veem razão para determinar que seja feito logo”. (FREITAS FILHO; SANT’ANA, 2016, p. 83) Os argumentos que justificam o indeferimento de tais tutelas se baseiam em dois pontos: ausência de urgência e o respeito à “fila”. O primeiro, segundo os juízes, busca priorizar os recursos e atendimento aos casos urgentes, com risco de morte ou dano grave. O segundo, supostamente, respeitaria o princípio da isonomia.

Curiosamente, conforme apontam os Autores, nos casos concretos analisados, em nenhum momento o Distrito Federal comprovou a existência de uma fila de espera, ou informou em qual posição o autor da ação se encontraria ou, ao menos, forneceu uma previsão para a efetivação do atendimento. Nesse sentido, argumentam que “se há uma lista, seu sentido de isonomia somente seria dado por meio da sua publicidade, na medida em que cada pessoa interessada poderia verificar a ordem cronológica nos casos em que não há urgência no procedimento”. (*Ibid*, p. 84).

Apesar do posicionamento judicial nas decisões de indeferimento não identificar razões para a “pressa” do paciente, Freitas Filho e Sant’ana destacam importantes dados quanto às consequências da prolongada espera por cirurgias eletivas. Nos casos analisados identificou-se que os pacientes sofriam (de forma cumulativa ou não) de: dores constantes, incapacidade laboral, limitação de locomoção, depressão, e outras sequelas advindas do uso contínuo de analgésicos.

Em um dos casos indeferidos, o judiciário, em primeira e segunda instância, entendeu que um paciente que esperava há quatro anos por uma cirurgia no joelho não logrou sucesso em comprovar a existência de dano irreparável que justificasse a imediata

realização da cirurgia. Assim, mesmo alegando dificuldade de locomoção e prejuízos laborais, o paciente permaneceu na “fila” por ter seu caso considerado ordinário.

Todavia, o mesmo Tribunal que não reconheceu a existência de dano na espera de um cidadão, que sequer conseguia trabalhar de forma integral, por uma cirurgia durante quatro anos, admitiu a configuração de danos morais para outro paciente, usuário de um plano de saúde que falhou em cumprir com o prazo determinado pela ANS de 21 dias para a realização de cirurgias eletivas, o fazendo em 35 dias. Para Freitas Filho e Sant’ana esse contraste expõe como o Judiciário trata distintamente e de forma mais incisiva os casos que envolvem bens jurídicos menos relevantes do que aqueles em jogo nas cirurgias eletivas. Afirmam que “a dor dos usuários do SUS, muitas vezes pessoas pobres e sem alternativas para tratamento, não é considerada relevante em expressivo número de julgamentos”. (FREITAS FILHO; SANT’ANA, 2016, p. 92).

O *case* apresentado evidencia tanto a segmentação dos serviços de saúde, quanto à naturalização da espera. Como vimos, as raízes de tal questão advém da construção do próprio SBPS. Na realidade experimentada pelos usuários do SUS, a judicialização pode ser o único meio de alcançar a efetividade das políticas públicas de saúde previstas pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação ordinária.

4 I A INEFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NOS CASOS DE CIRURGIAS ELETIVAS DE LAQUEADURA NO MUNICÍPIO DE JATAÍ/GO

Com o intuito de pensar o tema da judicialização em perspectiva local, a presente pesquisa analisou a lista de espera pela cirurgia de laqueadura no município de Jataí/GO, assim como os dados acerca dos procedimentos efetivamente realizados pelo SUS. A escolha pela laqueadura como caso estudado se dá diante da ofensa aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, quando a cirurgia não é efetuada pelo Poder Público. Nessa temática, a ineficiência da política pública transpassa os limites da saúde, afetando liberdades essenciais tomadas no contexto do planejamento familiar. O município de Jataí/GO foi escolhido para a referida análise por ser aquele onde os pesquisadores deste trabalho residem e atuam profissionalmente no âmbito da Universidade Federal de Jataí (UFJ), pesquisando e lecionando temáticas ligadas aos direitos das mulheres.

É importante ressaltar que a pandemia causada pelo COVID-19 prejudicou parcialmente a obtenção de relatórios e informações mais específicas sobre o tema, como: o perfil social e econômico das mulheres que foram submetidas à cirurgia, ou as que ainda aguardam sua realização; os critérios utilizados pelo município para inclusão na lista, entre outros pontos que poderiam influenciar na análise. Com a aplicação de todos os recursos pessoais, logísticos e materiais no combate ao COVID-19, e a suspensão de serviços, algumas solicitações realizadas à Secretaria de Saúde do município, bem como aos núcleos de prática jurídica instalados no TJGO, não foram atendidas.

Porém, mesmo com as dificuldades citadas, os dados fornecidos permitem traçar impressões iniciais da situação vivida pelas mulheres residentes em Jataí/GO que buscam a cirurgia de laqueadura.

O município de Jataí, localizado no sudoeste do Estado de Goiás, possui população estimada de 100.882 mil pessoas. (BRASIL/IBGE). Com o 6º maior PIB do Estado, o município é conhecido pela produção agrícola e por abrigar diversas instituições públicas e privadas de ensino superior[3]. No campo da saúde, Jataí possui um Hospital Regional público, dois hospitais privados, várias Unidades Básicas de Saúde (UBS's), uma UPA (Unidade de Pronto Atendimento), além de diversos consultórios médicos e laboratórios privados.

A cidade possui, também, varas da Justiça Federal, Justiça Eleitoral assim como do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Infelizmente, o município não conta com Defensoria Pública e as demandas das pessoas que não possuem condições financeiras de contratar advogados são direcionadas para o Ministério Público, além de dois núcleos acadêmicos de prática jurídica (um da UFJ e outro de instituição privada), ou para a advocacia dativa.

4.1 Dados municipais relacionados à cirurgia de laqueadura

Segundo os dados da Secretaria de Saúde do município, existem 701 mulheres cadastradas para serem submetidas à cirurgia de laqueadura. A lista possui dados de 2005 a 2020, e é composta pelo nome da paciente, data de nascimento, data de cadastramento, telefone para contato e número do Cartão Nacional do SUS[4]. O recorte temporal adotado será a partir do ano de 2014 até o primeiro semestre de 2020, vez que apenas foram fornecidos dados quanto às cirurgias efetivamente realizadas pelo SUS a partir de 2014. Curioso notar, todavia, que entre 2005 e 2013 foram incluídas na lista 172 mulheres e que estas ainda permanecem na fila[5].

No recorte temporal escolhido, são 529 mulheres cadastradas ao todo.

3 Universidade Federal de Jataí, Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás, Universidade Estadual de Goiás, UNA, UNOPAR, CESUT.

4 Devido ao sigilo médico não serão divulgados os nomes ou outras informações que permitam identificar as mulheres cadastradas pelo município.

5 Ressalta-se que não é possível afirmar com absoluta convicção que todas as 172 mulheres cadastradas nesse período não realizaram efetivamente a cirurgia por meio do SUS ou pela rede privada, já que seus nomes permanecem na lista e não foi possível obter dados completos quanto às cirurgias realizadas nesse período. Todavia, como as mesmas constam na lista de espera, supõe-se que ainda aguardam para a realização do procedimento.

ANO	NÚMERO DE MULHERES
2014	58
2015	52
2016	46
2017	92
2018	121
2019	121
2020	39
TOTAL	529

TABELA 01 – Mulheres cadastradas para realização de laqueadura no município de Jataí por ano (de 2014 ao primeiro semestre de 2020).

Fonte: os Autores (2020)

Na lista não foi possível identificar as idades de apenas três mulheres, em relação às demais. Chegou-se à conclusão de que 301 das pacientes possuem entre 51 e 60 anos de idade. Em segundo lugar, ficaram as pacientes na faixa etária entre 21 e 30 anos, no total de 138 mulheres, conforme o gráfico.
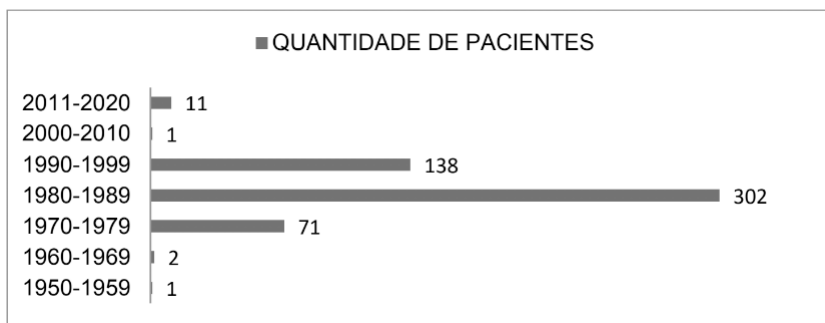
GRÁFICO 01 – Perfil das mulheres cadastradas para realização de laqueadura no município de Jataí de acordo com a idade (período de 2014 ao primeiro semestre de 2020).

Fonte: os Autores (2020)

Quanto aos procedimentos de laqueadura efetivamente realizados pelo SUS entre janeiro de 2014 e maio de 2020, o total do período foi de 236 cirurgias.

ANO	NÚMERO DE MULHERES
2014	12
2015	9
2016	0
2017	103
2018	112
2019	0
2020	0
TOTAL	236

TABELA 02 – Laqueaduras realizadas pelo SUS no município de Jataí entre jan/2014 e maio/2020.

Fonte: os Autores (2020)

Uma das instituições privadas localizadas no município informou que no período de 2014 a 2020, apenas aquele Hospital, realizou 317 cirurgias de laqueadura. Nesse sentido, os dados trazidos constatam a existência de uma altíssima demanda de mulheres pela cirurgia de laqueadura e um reduzido número de procedimentos efetivados na rede pública.

4.2 Resultados e discussões

O direito ao planejamento familiar é garantia prevista no art. 226, § 7º, da Carta Constitucional, segundo o qual,

> [com fundamento] nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988, *online*).

A Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, regulamentou a determinação constitucional quanto ao planejamento familiar, prevendo o seguinte acerca da esterilização voluntária em homens e mulheres.

> Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:
>
> I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;
>
> II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.
>
> § 1º É condição para que se realize a esterilização, o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação

> a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.
>
> § 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.
>
> § 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.
>
> § 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.
>
> § 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.
>
> § 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

Assim, cumpridos os requisitos legais ou quando por meio de autorização judicial, a cirurgia de laqueadura é direito elevado ao *status* constitucional que deve ser garantido pelo Poder Público. Isto posto, quando analisados os dados parciais da situação vivida pelas mulheres no município de Jataí/GO, é possível identificar problemas sérios.

Quando se comparam os dados das tabelas 01 e 02, torna-se claro que a demanda pela cirurgia no município jamais foi inteiramente atendida. No ano de 2014, por exemplo, enquanto ao menos[6] 58 mulheres entraram na fila, apenas 12 cirurgias foram realizadas no município. Nos anos seguintes, a quantidade de pacientes aguardando pela cirurgia apenas se acumulou e, atualmente, chega a mais de 700 (considerando os dados de 2005 a 2020).

Outro ponto importante a ser destacado, é que a grande maioria das mulheres que buscam a cirurgia já ultrapassou a idade mínima estabelecida no inciso I do art. 10 da Lei nº 9.263/96. Dos 529 casos considerados, 301 são de mulheres na faixa etária de 51 a 60 anos e idade e o segundo maior número (136) de mulheres entre 21 e 30 anos. Considerando que todas foram incluídas pela Secretaria de Saúde do município na lista de espera, se supõe que não existe qualquer empecilho legal para a realização de suas cirurgias.

O único "empecilho" é a demora na prestação do atendimento. As tabelas e gráfico demonstram que o tempo de espera das mulheres por uma cirurgia é no mínimo de dois anos, chegando em seis ou mais.

Apesar do esdrúxulo quadro constado no município, realizando-se pesquisas junto ao banco de jurisprudência e atos de 1º e 2º grau do Tribunal de Justiça do Estado de

6 Nota-se que a lista fornecida pela Secretaria de Saúde compila apenas os dados das mulheres que ainda aguardam pela cirurgia, supondo-se que as informações daquelas efetivamente atendidas foram retiradas da "fila".

Goiás[7], não foi possível identificar qualquer ação que postulasse pela realização da cirurgia de laqueadura em Jataí/GO. Esse fato surpreendente levou os pesquisadores/autores do trabalho a buscar informações junto à procuradoria do município, a qual confirmou a existência de apenas um caso judicializado pelo Ministério Público, no qual se postulou pela esterilização de uma mulher considerada incapaz. O que se constatou, portanto, foi a ausência de judicialização pelas mulheres que estão na lista de espera para realização da cirurgia de laqueadura.

A curiosa situação experimentada no município de Jataí/GO é causada por muitos fatores que, quando considerados, não demonstram que a judicialização não seria um caminho viável para a efetivação do direito à esterilização.

Pelo contrário; supondo que a grande maioria das mulheres cadastradas é de baixa renda, a própria ausência de estruturas formais que as atendam, como a Defensoria Pública, reforça a inefetividade da política pública, já que o único caminho encontrado para essas mulheres é o do não atendimento. Ou seja, quando inexiste a oportunidade de judicializar a demanda em saúde, o que ocorre no caso estudado é a simples ineficiência do atendimento, ou melhor, a sua não realização.

5 | CONCLUSÃO

Neste trabalho compreendemos como a garantia de direitos fundamentais é essencial para a manutenção de um Estado que se pretenda Democrático de Direito, pautado pela igualdade entre seus cidadãos. Porém, concluímos que a construção do SBPS deixou marcas profundas na qualidade e forma de aplicação das políticas públicas no país, prejudicando a isonomia entre indivíduos no âmbito da saúde.

Com isso, concluímos que a judicialização se constitui um caminho viável para a efetivação de políticas públicas. Reconhece-se, porém, a existência de outros caminhos, como a organização política dos cidadãos com o intuito reivindicativo. Todavia, tratando-se de pessoas simples, de baixa renda (perfil que representa grande parte da população brasileira), que muitas vezes sequer sabem que podem buscar a Justiça para efetivar direitos mínimos, ou até quando consideramos pessoas de classes mais favorecidas, dificilmente se alcança algo por este caminho sem influência política pré-existente ou interesse político específico.

Por fim, a análise do caso concreto estudado permite identificar como a total ausência do atendimento é a consequência mais comum quando a judicialização não é vista como uma opção.

---

7 A pesquisa foi realizada no sítio: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/processos/atos-judiciais-jurisprudencia>, na busca foram utilizados os termos "laqueadura e Jataí", "esterilização feminina e Jataí", "laqueadura" e "esterilização". Nenhum dos resultados apresentados se referiu a mulheres que buscavam a tutela jurisdicional para coagir o município de Jataí/GO a realizar a cirurgia de laqueadura tendo em vista a demora no atendimento. Foram encontrados, porém, diversos atos de primeiro grau em outras comarcas, como Piranhas/GO, na qual muitas mulheres precisaram buscar Alvará Judicial para conseguirem ser operadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 maio 2020.

_____. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 25 jul. 2020.

____________. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/go/jatai/panorama>. Acesso em: 25 jul. 2020.

CARDOSO JR., J. C. e JACCOUD, L. Políticas sociais no Brasil: organização, abrangência e tensões da ação estatal. In: JACCOUD, L. (Org.). **Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo.** Brasília: IPEA, 2005.

FREITAS FILHO, R.; SANT'ANA, R. N. O direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. **Revista de Direito Público**, v. 12, n. 67, pp. 70-102, maio 2016.

PAIM, J. S. **Reforma sanitária brasileira:** contribuição para compreensão crítica. 2007. 300 f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007.

SANT'ANA, R. N. **Saúde, Desigualdade e Judicialização:** vamos ou não vamos dar instrumentos para a insurgência dos excluídos?. 2. ed. Brasília: CONASS, 2018. v. 3. 10p.

____________. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde:** propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. **O Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde no Brasil:** Principais Aspectos e Problemas. In: Aluisio Lunes Monti Ruggeri (org.). Temas Aprofundados da Defensoria Pública. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p.111-146.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNjPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

A

C

D

E

F

G

I

L

M

N

P

R

S

Direito:

Da Precedência à Revolução 2

www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br

Ano 2021

Direito:

Da Precedência à Revolução 2

www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br

Ano 2021